

2

maggio-agosto
2019

SoDiS

Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Tre commenti alla sentenza costituzionale n. 242/2019 sul suicidio assistito
- Poteri del commissario *ad acta* e diritto alla salute
- La sentenza della Corte di Strasburgo sull'Ilva di Taranto (*Cordella et al. c. Italia*)
- *Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle aziende sanitarie e ospedaliere*

DIREZIONE

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

Autorizzazione richiesta al Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Giurisprudenza italiana

- Gianmario Demuro, *Poteri del commissario ad acta e diritto alla salute nella sent. 200 del 2019* pag. 187
[Corte costituzionale, sent. 3 luglio - 24 luglio 2019, n. 200, red. Morelli]
- Luciano Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura* » 193
- Andrea Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito* » 201
- Chiara Tripodina, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*..... » 217
[Corte costituzionale, sent. 25 settembre – 22 novembre 2019, n. 242, red. Modugno]

Giurisprudenza straniera

- Luca Geninatti, *La tutela dell’ambiente come strumento necessario per la protezione dei diritti individuali e il sindacato giurisdizionale sulla sua inadeguatezza* » 235
[Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. I, causa Cordella e altri c. Italia, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, sent. 24 gennaio 2019]
- Fanny Jacquelot, *Délièr la parole constitutionnelle de la fin de vie: enjeux et perspectives de l’affaire Vincent Lambert*..... » 245
[Conseil d’Etat, ordonnance du 24 avril 2019, n° 428117]

Osservatorio sui sistemi sanitari

- Ettore Jorio, Davide Servetti, *La difficile riforma dell’assistenza primaria, tra legge statale, accordi collettivi e programmazione regionale*..... » 259
- Giulio Marotta, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle aziende sanitarie e ospedaliere* » 289

Saggi

Raffaele Bifulco, <i>Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente</i> »	305
Paola Bilancia, <i>Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporaneo</i>	» 331
Alain Boyer, <i>Tutela dell'ambiente e collettività territoriali in Francia</i>	» 353
Rodrigo Míguez Núñez, <i>Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica</i> »	367
Giulio M. Salerno, <i>La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato</i> »	385

Dibattiti

Matteo Cosulich, <i>Resoconto del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario</i>	» 401
--	-------

Poteri del commissario *ad acta* e diritto alla salute nella sent. 200 del 2019*

[Corte costituzionale, sent. 3 luglio - 24 luglio 2019, n. 200, red. Morelli]

Gianmario Demuro**

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2019 è al crocevia delle relazioni tra Stato e Regioni nell'affermazione, in concreto, del diritto più prezioso tra quelli che la nostra Costituzione garantisce, il diritto alla salute. Un diritto che ha una doppia dimensione: è un diritto fondamentale ad auto-determinazione individuale; ma è anche diritto sociale a garanzia collettiva. Proprio su questa dimensione sociale della tenuta sostanziale del diritto che si misura la capacità del *Centro* di tenere coeso il sistema costituzionale. Naturalmente quando a pronunciarsi è il giudice costituzionale, siamo in una fase di reazione alla patologia del sistema che, per sua natura, dovrebbe essere rara. Infatti, è il sistema costituzionale dei poteri che deve garantire la sostenibilità economica e sociale del diritto a non morire di una malattia curabile. Di conseguenza una volta risolta la patologia occorre ritrovare una *governance* capace di far interagire tutti gli attori e garantire l'effettività del diritto alla salute all'interno di un dibattito tra proposte di ri-accentramento delle funzioni in materia sanitaria e, viceversa, proposte di differenziazione regionale su base territoriale ai sensi dell'art. 116, 3 comma della Costituzione¹.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Cagliari, demuro@unica.it

¹ Per una critica profonda delle ipotesi di regionalismo differenziato in Sanità cfr. R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo quarant'anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, cfr. anche C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, Giappichelli, 2018.

Proprio sulla capacità di mantenere al *centro* l'effettività di tutela del diritto alla salute si snoda il conflitto di attribuzione tra Stato e Regione che vede contrapposte la Regione Calabria allo Stato².

2. Il conflitto intersoggettivo “rappresenta il naturale completamento del giudizio in via principale, nel senso che copre e rende giustiziabili tutte le controversie che non ineriscono ad una competenza di tipo legislativo ed è strumento imprescindibile in uno Stato regionale ed autonomistico”³. Posto che è uno strumento che *chiude* il sistema costituzionale, potremmo aspettarci un uso considerevole del ricorso per conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni così come quello in via principale che si attesta intorno al quaranta per cento delle decisioni della Corte; in concreto, al conflitto di attribuzioni ci si rivolge invece con una media di 7 ricorsi all'anno nell'ultimo quadriennio e, quasi sempre, si tratta di ricorsi regionali, mentre i ricorsi statali sono assai rari⁴. Nel caso che ci occupa viene respinto un ricorso della Regione, ma con una struttura argomentativa costruita *come se* il ricorso fosse stato presentato dallo Stato. Vedremo, infatti, che la motivazione è volta a sancire la tenuta della realizzazione del diritto alla salute in una forma di stato che ha una spesa decentrata vicina al cento per cento. Detta spesa si evince dall'ultimo documento della Ragioneria generale dello Stato su “Il monitoraggio della spesa sanitaria” del luglio del 2019 che a pagina 81 certifica che le Regioni devono produrre “la documentazione attestante l'avvenuta erogazione al proprio SSR...di almeno il 95% delle somme che la regione ha incassato nel medesimo dallo Stato a titolo di finanziamento del SSN, e delle somme che la stessa regione, a valere su risorse proprie dell'anno, destina al finanziamento del proprio servizio regionale”. Tutte le Regioni hanno adempiuto l'onere ed è chiaro da questo dato empirico che la spesa è interamente decentrata ma, appare altrettanto chiaro, che lo Stato non rinuncia al monitoraggio della spesa.

Nel caso di specie la Regione ricorre, lo Stato reagisce e la soluzione della Corte è, interamente, contro le ragioni scritte dalla ricorrente.

Innanzitutto, la Regione Calabria aveva prospettato la violazione del principio di leale collaborazione perché sarebbe stato impedito *di fatto* alla Regione di partecipare al procedimento di nomina del commissario *ad acta*. Il secondo motivo, facendo leva sulla presunta carenza di potere nella nomina di un sub-commissario, ne chiedeva l'annullamento. Il terzo motivo, il commissariamento si sarebbe realizzato oltre i limiti di tempo previsti dalla legge, comunque oltre la durata del piano fissata per il 31.12.2108. Infine, l'intervento sta-

² Per una ricostruzione della decennale vicenda di contrasto tra lo Stato e la Regione Calabria cfr. B. BRANCATI, *Tensione tra i rapporti tra Stato e Regioni sul tema della Sanità (a margine del decreto legge n. 35/2019)*, in *Osservatorio costituzionale* 2019, n. 5.

³ COSÌ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 188.

⁴ Dati tratti dalle relazioni annuali della Corte costituzionale.

tale si sarebbe realizzato “nell’assenza di fondamento normativo” dei poteri di rimozione di ogni ostacolo legislativo e amministrativo regionale che si fosse frapposto al conseguimento degli obbiettivi del piano di rientro.

Il ricorso per conflitto di attribuzione si conclude con la richiesta alla Corte costituzionale di sollevare l’eccezione di costituzionalità della legge “nella parte in cui le disposizioni denunciate consentirebbero...di proseguire *sine die* il Piano di rientro ed il correlato commissariamento mediante atti del Commissario”.

3. La difesa erariale, una volta risolta l’eccezione sulla presunta costituzione tardiva dell’avvocatura, fa leva sulla circostanza che gli obblighi di *leale collaborazione* sono rispettati nel momento in cui il Presidente della Regione è invitato a partecipare alla riunione del Consiglio dei ministri nella quale è calendarizzata la nomina del commissario e della relativa struttura commissariale. In particolare, si insiste sulla legittima continuazione dell’attività commissariale nel caso in cui non siano stati raggiunti gli obbiettivi del programma operativo 2016-2018, in tal caso l’obbligo del commissario di rimuovere provvedimenti, anche legislativi, emanati dagli organi regionali “non può che consistere nella trasmissione al Consiglio regionale di tali provvedimenti, con l’indicazione dei motivi del contrasto.”

La decisione della Corte sulla mancata partecipazione del Presidente della Regione al Consiglio dei ministri che nomina il commissario, non configura di per se una violazione del principio di leale collaborazione perché il legislatore nazionale può concretamente modulare nei diversi livelli dell’esercizio del potere sostitutivo la rilevanza della partecipazione stessa. In applicazione di una costante giurisprudenza costituzionale la leale collaborazione si sostanzia nella concreta possibilità di poter rappresentare gli interessi e le ragioni della regione calabra nel momento in cui si determina l’occasione.⁵ Nel caso specifico, l’elaborazione del piano di rientro e la determinazione degli obbiettivi dei relativi commissari è garantita dalla elaborazione che avviene in due distinti organi, il Comitato paritetico e il Tavolo tecnico a cui è affidato il compito di realizzare l’Intesa Stato-Regioni del 2005. Il coinvolgimento *in concreto* della Regione sull’andamento del piano di rientro emerge nei verbali prodotti nei quali “evidenziavano costanti giudizi negativi sull’andamento della gestione commissariale”. Pertanto, la nomina del commissario e del sub-commissario, che spetta in ogni caso allo Stato così come la nomina dei sub-commissari, si è realizzata nella piena consapevolezza della Regione che lamenta la violazione del principio di leale collaborazione.

Posto che la linea seguita dalla Corte è il ripristino delle condizioni amministrative per la realizzazione del diritto alla salute, sono considerati sussistenti i presupposti per la sostituzione del commissario in quanto la gestione non ha raggiunto gli obbiettivi prefissati

⁵ Sul significato del principio di leale collaborazione cfr. per tutti I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le regioni*, 2011, nn. 2-3, pp. 529-555.

mantenendo ferma “la struttura commissariale” che dovrà dare continuità all’agire amministrativo.

In sintesi, permane secondo la Corte “l’esigenza del potere sostitutivo dello Stato” perché l’intervento è “finalizzato ad assicurare, oltre l’unità economica della Repubblica, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto fondamentale alla salute.”

4. Riassunti i temi del ricorso dobbiamo tornare sulla ragione principale dell’accoglimento che è, a parere di chi scrive, il punto 4.4. motivo fondato sulla circostanza, come abbiamo visto, dimostrata della “mancata attuazione del programma”. Una circostanza che è sufficiente alla legittima “necessità” dell’azione del commissario che agisce seguendo un obbligo costituzionale, teleologicamente orientato, a sollecitare gli organi regionali alla rimozione di tutti gli ostacoli frapposti alla realizzazione del diritto fondamentale. L’interpretazione teologicamente orientata è, ancora, alla base dell’argomentazione del punto 5 della sentenza in commento che respinge l’eccezione di costituzionalità proprio in ragione della possibilità di tornare alla gestione ordinaria da parte della Regione Calabria una volta raggiunti gli obiettivi del piano.

Come da prassi la decisione per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione è, fortemente, improntata alla logica della giustizia amministrativa: se il commissariamento non ha raggiunto gli obiettivi, vi è una ragione in più di esercitare il potere sostitutivo poiché la mancata realizzazione del diritto alla salute determina una necessità ancor più urgente. Non vi è dubbio che l’esercizio del potere sostitutivo nei rapporti tra i livelli di governo debba essere valutato secondo il criterio dello *strict scrutiny*, ma l’ennesimo commissariamento si giustifica con il fine della realizzazione del diritto fondamentale più importante affidato alle regioni.

La decisione della Corte può essere letta in ideale continuità con la giurisprudenza in materia di vincolo di bilancio, ad esempio le sentt. 10 e 275 del 2016, 274 del 2017, che stabiliscono che sia lo Stato a dover garantire il riequilibrio di bilancio e che i bilanci regionali sono incostituzionali se non garantiscono i servizi fondamentali. Sentenze emanate in sede di contenzioso in via principale ma, a parere di chi scrive, frutto della medesima logica di sistema: l’intesa tra lo Stato e la Regione è strumento di differenziazione territoriale ma ha necessità di essere inserito in un quadro di unità in cui si esprima la volontà repubblicana di riequilibrio.

Una volontà che non può non tener conto del vincolo europeo perciò diritti fondamentali non possono essere finanziati attraverso il cd. *deficit spending*, perché ciò sarebbe in contrasto con l’equilibrio di bilancio. In questo contesto interpretativo l’esercizio del potere sostitutivo garantisce che la diseguaglianza territoriale non possa essere invocata per distogliere lo sguardo dalla realizzazione dell’obiettivo repubblicano di tutela della salute. Il tema del bilanciamento tra i diritti in questo caso si sposta sul bilanciamento tra esercizio democratico locale e scelte del *Centro*, esercizio democratico e violazione delle esigenze della collettività. Tutto questo in un giudizio che ha la struttura tipica del giudizio

amministrativo, ma che in questo caso rileva molto bene anche per “il tono costituzionale del conflitto”.

La decisione ci riporta, dunque, nella intangibilità del contenuto minimo ed essenziale del diritto fondamentale che prescinde del tutto dalla articolazione dei poteri tra i livelli di governo territoriale⁶, ma ne esalta invece “l’invulnerabilità” pur nella sua caratteristica di diritto a prestazione e, quindi, legato alla sostenibilità finanziaria⁷. Ciò che giustifica la sostituzione è proprio il ritardo ad agire, il ritardo a conseguire gli obiettivi concordemente prefissati e il conflitto intersoggettivo serve proprio a far “valere le regole sul riparto delle competenze, ma anche ove queste regole vengano ulteriormente elaborate e affinate”⁸. Un conflitto “reale” dunque, in cui la lesione attiene al potere che lo Stato esercita a garanzia dell’invulnerabilità del diritto alla salute.

Il paradosso nel caso che ci occupa è che l’iniziativa del conflitto è regionale ed è volta a contestare la possibilità di continuare ad utilizzare il controllo sostitutivo, nonché l’ampiezza dei poteri del suddetto controllo. Tuttavia, l’argomentare della Corte costituzionale è tutto costruito *come se* il conflitto fosse stato proposto dallo Stato. In termini più semplici è lo Stato a utilizzare l’occasione del conflitto proposto dalla Regione Calabria per rafforzare il contenuto interpretativo del giudizio nel caso di specie. La soluzione trovata dalla Corte costituzionale è quella di consolidare l’impalcato dell’intervento in *sussidiarietà* verticale nella tutela del diritto alla salute e l’occasione fornita dal ricorso regionale è preziosa, così come quella in cui la Corte si era pronunciata sulle “interferenze” regionali nei poteri del commissario⁹. A tal fine la nomina del Commissario può essere reiterata in qualsiasi momento e quindi prescinde dall’emergenza iniziale che attiva la prima nomina. Si tratta di una sorta di *emergenza permanente* che si riflette nella “figura Commissario ad acta... garante del pieno esercizio dei poteri sostitutivi statali”¹⁰.

5. Ciò che la Corte, tuttavia, ad oggi non può monitorare è se l’andamento dei piani di rientro siano efficaci, ma certamente essi sono il presupposto sulla base del quale può essere fondata la scelta di sostituire il commissario che aveva agito sino a quel momento perché non ha ancora raggiunto gli obiettivi e gli organismi deputati al comune esame

⁶ Sulla dimensione dei diritti cfr. A. D’Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁷ Per la concezione del diritto alla salute come diritto sociale inviolabile cfr. D. BIFULCO, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 180 ss. Per la necessità di realizzare le prestazioni sanitarie garantendone la sostenibilità finanziaria v. invece L. BUSATTA, *La salute sostenibile – La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁸ Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 369.

⁹ Così A. PATANÈ, *La difficile ‘metabolizzazione’ regionale del ruolo del Commissario ad acta nell’attuazione dei piani di rientro e la ferma posizione della Corte costituzionale*, in *questa rivista* 2018, 1, p. 36. V. anche R. BALDUZZI e D. PARIS, *La specialità che c’è, ma non si vede - La sanità nelle Regioni a Statuto Speciale*, *ivi*, pp. 167 ss., p. 36.

¹⁰ Così A. PATANÈ, *op. ult. cit.*, p. 35.

dei temi da affrontare soddisfa la necessaria partecipazione della Regione alla realizzazione del piano.

D'altronde il ruolo del "Commissario ad Acta, quale figura determinante dell'attuazione del piano di rientro", era già stata *blindata* dalla sent. 106 del 2017, che ha sancito definitivamente il divieto per le regioni di adottare provvedimenti in contrasto con il Piano di rientro¹¹.

Il coordinamento della finanza pubblica, insieme all'obbligo costituzionale per il Governo di mantenere eguali nella Repubblica i livelli essenziali di erogazione del diritto alla salute ci interrogano tuttavia sullo stato di "incertezza" del sistema regionale in Italia che nelle vicende che ci hanno occupato emerge soprattutto nella sostanziale natura amministrativa con finalità dilatorie dell'azione della Regione Calabria¹². Appare del tutto ovvio che la realizzazione del diritto alla salute territorialmente definito non possa essere affidata al caso, o peggio alla malamministrazione.

¹¹ Così, A. PATANÈ, *op. ult. cit.*, p. 19 e spec. p. 20.

¹² Sul punto per tutti cfr. M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in M. Dogliani, S. Scamuzzi (a cura di), *Italia dopo il 1961. La grande trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 99 ss.

Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*

[Corte costituzionale, sent. 25 settembre - 22 novembre 2019, n. 242, red. Modugno]

Luciano Eusebi**

SOMMARIO: 1. Una pronuncia di non punibilità. – 2. Il dovere di attivazione delle cure palliative (diverse dalla sedazione profonda). – 3. I requisiti sostanziali rilevanti per la non punibilità. – 4. I requisiti procedurali richiesti dalla sentenza: il ruolo della struttura sanitaria pubblica. – 5. (Segue) Il ruolo del comitato etico. – 6. La posizione dell’Ordine dei medici, in rapporto al codice di deontologia medica. – 7. È necessario un intervento del legislatore? – 8. Le permanenti criticità della sentenza.

ABSTRACT:

Il commento propone una lettura delle argomentazioni e dei limiti attraverso i quali la sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale ammette un ambito di un aiuto non punibile al suicidio, ove richiesto dal malato che si trovi in determinate condizioni, «senza creare – peraltro – alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici». Vengono esaminati i requisiti di carattere sostanziale e procedurale richiesti dalla sentenza, le valutazioni espresse dalla Federazione degli Ordini dei medici nonché l’interrogativo sull’opportunità di un intervento del legislatore. Sono evidenziate, infine, le criticità del passaggio giuridico operato con la medesima sentenza.

The note proposes a reading of the argumentations and the limits through which the sentence n. 242/2019 of the Italian Constitutional Court admits an area of not punishable assistance to suicide, required by a patient in specified conditions, “without creating – however – any duty for doctors to grant such an aid”. The substantive and procedural requirements established by the sentence

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto penale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore, luciano.eusebi@unicatt.it.

are examined, as well as the assessments expressed by the Federation of Physicians' Orders and the question of whether the legislator should intervene. Finally, the critical points of the juridical turn set out by the sentence are highlighted.

1. Una pronuncia di non punibilità

Questo il punto di partenza certo. Nel suo dispositivo, la sentenza in epigrafe ha ritenuto non conforme alla Costituzione, con una pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 580 c.p., che sia penalmente sanzionato pure chi, «con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017» (oppure, circa i fatti pregressi rispetto alla sentenza, con modalità equivalenti), «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

In questo quadro, la Corte, in effetti, è molto chiara. Escludendo che si ponga l'esigenza di prevedere l'obiezione di coscienza per il personale sanitario, precisa: «La presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici» (si noti: ai medici, e non soltanto al singolo medico). E nello stesso *Comunicato* del 22 novembre 2019 che accompagna la pronuncia, una volta «ribadito che l'*incriminazione* dell'aiuto al suicidio non è, di per sé, in contrasto con la Costituzione», si spiega che «è stata però individuata una circoscritta area in cui l'*incriminazione* non è conforme a Costituzione» [corsivi nostri].

Viene dunque in considerazione, per l'appunto, la non punibilità (quale ne sia la qualificazione penalistica), dati certi presupposti, di un aiuto prestato al suicidio, non l'attribuzione ai medici, o a chiunque altro, del dovere di attivarsi per rendere praticabile un suicidio (cioè un'anticipazione *non naturale* del momento della morte). Di un simile dovere, o della *esigibilità* di un aiuto, nella pronuncia della Corte costituzionale non c'è traccia: né con riguardo ai medici, né con riguardo alle istituzioni sanitarie, né con riguardo a chiunque rivesta una posizione giuridica rilevante nel rapporto con il malato.

2. Il dovere di attivazione delle cure palliative (diverse dalla sedazione profonda)

Il dovere su cui insiste la Corte costituzionale, semmai, concerne la garanzia, anche in rapporto alla materia cui si riferisce la sua pronuncia, delle cure palliative. Secondo la Corte, che in ciò riprende la sua stessa ordinanza (n. 207/2018) di rinvio dell'udienza sulla

questione ora decisa, «deve essere sottolineata – infatti – l'esigenza di adottare opportune cautele affinché l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza [...], in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010». Così che, prosegue la Corte, «il coinvolgimento in un percorso di cure palliative *deve costituire* [corsivo nostro] pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

Un assunto, quest'ultimo, il quale implica che il paziente il quale ritenga di accedere (ove sussistano i requisiti richiesti dalla sentenza in esame) al suicidio assistito debba avere consentito in precedenza – sebbene i trattamenti palliativi, come ogni altro trattamento sanitario, non possano essere *imposti* al paziente – all'attivazione di tali trattamenti. Diversamente, infatti, non potrebbe dirsi realizzato uno dei requisiti summenzionati, vale a dire il darsi di sofferenze fisiche o psicologiche che il malato reputi intollerabili: posto che una sofferenza, anche psicologica, non può essere riconosciuta intollerabile – tanto più quando la conseguenza non abbia rimedio – nel caso in cui non si sia permesso di contrastarla (e *a fortiori* ove neppure si sia offerta al malato la possibilità di contrastarla).

3. I requisiti sostanziali rilevanti per la non punibilità

Per quanto concerne, invece, i requisiti sostanziali richiesti dalla Corte costituzionale per la non punibilità *ex art.* 580 c.p. del soggetto che abbia tenuto una condotta di agevolazione dell'altrui suicidio, deve constatarsi che tali requisiti di non punibilità vengono ritagliati dalla sentenza n. 242/2019 (come già dall'ordinanza n. 207/2018) rispetto a una condotta generale di aiuto al suicidio che resta punibile: avendo la Corte «escluso che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione».

La Corte, in altre parole, ha tracciato un'eccezione, *circoscrivendola*, rispetto all'ambito applicativo di un delitto che ritiene costituzionalmente ineccepibile («ha individuato una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa») e, di conseguenza, ha indicato entro quali limiti simile eccezione possa, a suo avviso, operare.

Ciò significa che l'incostituzionalità dell'art. 580 vale, ad avviso della Corte, nei soli limiti di quei requisiti, tutti necessari. Se dunque la Corte avesse ritenuto ipotizzabile un ambito di incostituzionalità della norma *più esteso*, nel momento in cui s'interrogava sui criteri dell'eccezione possibile, non avrebbe fatto altro che descrivere quei limiti in maniera meno rigorosa.

Il che assume particolare rilievo con riguardo al requisito consistente nell'essere colui il quale chieda aiuto per il suicidio «una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale»: requisito di cui i fautori più accesi del passaggio posto in essere con la sentenza n. 242/2019 hanno subito manifestato di auspicare il superamento, come *passo successivo*.

D'altra parte, l'insuperabilità del suddetto requisito risulta evidente ove si consideri che l'argomentazione svolta dalla Corte nelle due pronunce succedutesi circa l'art. 580 c.p. risulta fondata sull'affermazione (ancorchè ben discutibile: v. *infra* § 8) secondo cui non si potrebbe vietare il suicidio a chi già avrebbe potuto prendere «la decisione di accogliere la morte», ex art. 1 l. n. 219/2017, «a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto».

La Corte, dunque, non attribuisce rilievo, circa i casi in cui ritiene il suicidio assistito non punibile, all'autodeterminazione del malato in quanto ritenuta prevalente rispetto all'indisponibilità della vita, bensì al fatto che, non potendosi imporre al malato la prosecuzione di un trattamento sanitario ancorché salvavita e, di conseguenza, potendo il malato interrompere *legalmente* simili trattamenti, questi può trovarsi nella condizione di aver già deciso di addivenire alla morte: per cui in tale condizione, e solo in tale condizione, non gli andrebbe precluso di anticipare di poco attraverso il suicidio assistito una morte il cui processo immediato sarebbe, comunque, messo in atto dall'interruzione di quei medesimi trattamenti.

Ne deriva che non c'è spazio, sulla base della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, per letture estensive, in sede applicativa, dei requisiti sostanziali in essa fissati per la non punibilità dell'aiuto al suicidio, né per ulteriori rimessioni alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p. onde dilatare l'ambito di tale non punibilità, posto che il loro accoglimento esigerebbe che la Corte smentisca l'intero impianto della sentenza in esame.

4. I requisiti procedurali richiesti dalla sentenza: il ruolo della struttura sanitaria pubblica

Rappresenta un elemento di (almeno parziale) novità della sentenza n. 242/2019, rispetto alla stessa ordinanza n. 207/2018, la precisazione di alcuni requisiti procedurali configurati, essi pure, come necessari al fine di un suicidio assistito non punibile: requisiti che si aggiungono sia a quanto già si diceva circa l'attivazione delle cure palliative, sia alla richiesta che la volontà del paziente di porre termine alla sua vita risulti espressa secondo i criteri di manifestazione di un consenso libero e informato previsti dall'art. 1, commi 4 e 5, della n. 219/2017.

Questo implica che soltanto un medico potrà attestare simile volontà del malato e, con essa, la presenza dei requisiti di carattere sostanziale che assumono rilievo in base alla sentenza n. 242/2019: l'attualità dei trattamenti di sostegno vitale, l'irreversibilità della patologia, l'intollerabilità, dichiarata in modo credibile dal malato, delle sofferenze fisiche o psicologiche, nonostante l'applicazione delle cure palliative.

La sentenza che commentiamo, tuttavia, introduce requisiti ulteriori di carattere procedurale. In primo luogo, esige che gli accertamenti suddetti vengano compiuti nell'ambito di una struttura sanitaria pubblica («la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore

– a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale»): di modo che, nel caso in cui personale medico si renda disponibile a un percorso di assistenza al suicidio, possa realizzarsi un controllo, relativo alle modalità di tale percorso, operato da tale tipo di strutture («a queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»).

Per strutture *pubbliche* devono intendersi strutture *soggettivamente* pubbliche: se, infatti, la Corte avesse voluto ricomprendere qualsiasi struttura inquadrata nel servizio sanitario nazionale non avrebbe inserito quell'aggettivo.

Si noti, in proposito, che la Corte costituzionale richiede alla struttura pubblica solo compiti di verifica e di garanzia: in modo non dissimile, nella sostanza, da ciò che la medesima è chiamata a svolgere, attraverso i suoi organi, rispetto alla generalità delle pratiche sanitarie.

La sentenza, dunque, non esige affatto la creazione presso le strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale di articolazioni organizzative per l'aiuto al suicidio, né prevede che tali strutture siano tenute ad assicurare l'espletamento di un simile aiuto. Ciò in conformità alla dichiarata insussistenza di un obbligo *dei medici*, e pertanto dello stesso servizio sanitario nazionale, ad agire in tal senso: vale a dire, in conformità alla configurazione dell'aiuto medesimo, presenti le condizioni indicate dalla Corte, come mera condotta non punibile, perché inidonea a giustificare l'intervento penale.

Semmai, appare logico che le menzionate strutture sanitarie, onde realizzare la funzione di verifica loro assegnata, esigano, quale presupposto dell'aiuto al suicidio, l'attestazione riguardante il sussistere dei singoli requisiti di cui alla sentenza n. 242/2019 da parte delle varie competenze professionali coinvolte nella situazione concreta, in corrispondenza alla natura dei requisiti stessi e alla patologia in atto: come del resto si afferma anche nel testo presentato dalla Federazione degli Ordini dei medici e degli odontoiatri (FNOMCeO) in sede di audizione presso la Camera dei Deputati il 30 maggio 2019.

5. (Segue) Il ruolo del comitato etico

Il summenzionato controllo dovrà estendersi, peraltro, a un altro elemento procedurale previsto come necessario dalla Corte, cioè all'acquisizione del parere, circa l'aiuto al suicidio, di un comitato etico indipendente («la delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»): organo individuato nella sentenza, almeno fino a un eventuale intervento in materia del legislatore, nei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche.

Ci si può dunque domandare quale debba essere il valore da attribuirsi al parere di tale comitato. E, a tal proposito, parrebbe che la Corte muova dal convincimento che il parere dei comitati etici sia, per sua natura, consultivo (come è nelle norme dalla stessa richiamate). Forse non avvedendosi che proprio con riguardo alla funzione principale attualmente

svolta dai comitati etici in ambito sanitario, quella (richiamata dalla Corte) relativa alle sperimentazioni cliniche di medicinali, il parere del comitato è vincolante: «una sperimentazione clinica può essere avviata nel singolo centro solo se il comitato etico e, ove previsto, le autorità competenti sono giunti alla conclusione che i benefici previsti, terapeutici e in materia di sanità pubblica, giustificano i rischi e può essere proseguita solo se il rispetto di tale requisito è costantemente verificato» (art. 3, co. 1, d.lgs. n. 211/2003; si veda altresì l'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 200/2007).

D'altra parte, sarebbe ben difficile il realizzarsi della suddetta funzione di garanzia che la sentenza n. 242/2019 attribuisce al comitato etico (al pari della funzione di garanzia concernente la congruità del rapporto tra rischi e benefici che il comitato etico assume circa le sperimentazioni farmacologiche), ove l'assistenza al suicidio fosse attuabile nonostante il parere contrario del medesimo comitato. Se, dunque, il parere positivo non può costringere i medici a procedere nell'aiuto al suicidio, deve ritenersi che il parere negativo non permetta simile aiuto con riguardo alla situazione per la quale il parere stesso sia stato richiesto.

6. La posizione dell'Ordine dei medici, in rapporto al codice di deontologia medica

È noto il disagio manifestato dalla FNOMCeO per il fatto che la Corte costituzionale, e in tal modo la legge, sia intervenuta su un aspetto fondamentale dell'attività medica, il divieto di agire *per la morte*, oggetto del giuramento professionale e di una delle norme più radicate nel tempo del codice deontologico (vale a dire l'art. 17, in forza del quale «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte»), non tenendo conto dei principi inerenti all'attività medica tradizionalmente definiti in autonomia dalla stessa comunità medica.

Ragione per cui già in sede di audizione parlamentare il 30 maggio 2019 i rappresentanti della FNOMCeO, richiamando la deliberazione in materia approvata il precedente 14 marzo dalla Consulta deontologica nazionale della medesima Federazione, ebbero a precisare che, per quanto concerne tale Federazione, la competenza dei medici non potrà andare oltre la «definizione clinica» delle condizioni cui la Corte attribuisca rilievo, per cui, di conseguenza, non potrà estendersi alla prescrizione (né, dunque, alla messa a disposizione del malato che abbia richiesto l'aiuto al suicidio) di farmaci mortali.

Al di là, in ogni caso, della questione inerente alla sanzionabilità, sulla base dell'ordinamento professionale, del medico che agisca secondo quanto dichiarato non punibile (ma non implicante doveri per il medico stesso) da parte Corte costituzionale, resta del tutto legittima l'indicazione degli Ordini professionali dei medici relativa alla persistente validità, per i medici, di quanto previsto dal Codice di deontologia medica (posto, osserva la FNOMCeO, che l'entrata in vigore di nuove norme legislative non implica «automatici cambiamenti della disciplina deontologica»).

7. È necessario un intervento del legislatore?

Sulla base di quanto sin qui s'è detto, un intervento del legislatore, in effetti, appare possibile (come evoca la Corte stessa), ma non indispensabile: posto che il quadro delineato dalla Corte costituzionale, a meno di forzature, risulta – a parte la sua condivisibilità – sufficientemente chiaro (salvo eventuali precisazioni sul piano sublegislativo che si pongano negli stretti limiti dettati dalla sentenza).

Certamente, il legislatore potrebbe anche ridefinire l'intera casistica di cui alla sentenza n. 242/2019 attraverso una regolamentazione di tipo non penalistico.

Ma non sarebbe davvero auspicabile che un passaggio parlamentare venga utilizzato, invece, per estendere l'ambito di ammissibilità dell'assistenza al suicidio, vanificando in tal modo tutti i *caveat* della Corte costituzionale attraverso i quali la medesima vorrebbe scongiurare dinamiche culturali rivolte a favorire, per ragioni di fatto economiche, il congedarsi spontaneo dalla vita delle persone che si trovino in determinate condizioni di salute, presentando una simile scelta come l'unica davvero *dignitosa*. Secondo un declivio orientato a legalizzare *tout court* l'eutanasia.

Il che risulta tanto più delicato ove si considerino le difficoltà che insorgerebbero per il delinarsi di un contenzioso, rispetto alle evoluzioni da ultimo considerate, il quale consenta un sindacato su di esse da parte della medesima Corte costituzionale.

8. Le permanenti criticità della sentenza

Quando sin qui detto non elide le riserve che chi scrive ha ripetutamente manifestato¹ circa l'opportunità del passaggio operato dalla Corte costituzionale ammettendo un inedito attivarsi non punibile per la morte altrui (al di fuori delle condizioni proprie di una legittima difesa o di uno stato di necessità): e pervenendo, addirittura, a qualificare come *terapie* i mezzi utilizzabili per un simile esito.

Desta perplessità, in particolare, la proporzionalità che si dovrebbe riscontrare tra l'intento di garantire una morte subitanea al paziente il quale, interrotte terapie di sostegno vitale, concluderebbe comunque in brevissimo tempo la sua vita (con ogni premura per la sua persona) nella totale assenza di sofferenze, grazie alla terapia del dolore o, se necessario, alla sedazione palliativa profonda, e l'apertura dell'ordinamento giuridico a contesti di cooperazione alla morte, così che la morte, per la prima volta, ne risulta configurata come

¹ Cfr., p. es., L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, pp. 131 ss.; ID., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, XL, 2018, n. 4, pp. 1313 ss.

una risposta plausibile ai problemi di un essere umano (con le parole utilizzate in senso critico dalla FNOMCeO nel documento di cui sopra, come «un alleato» che possa «risolvere le sofferenze di una persona»).

Ciò tanto più ove si consideri, da un lato, che le ragioni addotte per simile esito risultano l'intento alquanto generico di assicurare al malato, secondo la sua visione, una morte dignitosa (non risultando affatto scontato, del resto, che una morte artificialmente anticipata sia più *dignitosa*, e meno soggetta a complicazioni, di una morte naturale assistita attraverso l'esclusione di qualsiasi sofferenza), nonché l'intento, davvero sorprendente, di proteggere le persone care al paziente dall'approccio con un iter di morte un poco più prolungato (se si tratta di salvaguardare chi vive dal confronto con il carattere mortale dell'esistenza umana le conseguenze diventano impensabili). E, dall'altro lato, si considerino nel contempo i rischi, non soltanto ipotetici, concernenti la tenuta, nella prassi, dei limiti fissati, in materia, dalla Corte costituzionale.

Né ci si può esimere dal rimarcare la differenza di fondo tra l'impossibilità per il medico di proseguire nelle terapie salvavita ove il malato non lo consenta e l'attivazione diretta del medico per procurare l'anticipazione della morte.

La credibilità del sistema giuridico, in ogni caso, dovrebbe esigere, quantomeno, che i limiti tracciati dalla Corte costituzionale, sia in sede sostanziale che procedurale, in merito all'area di non punibilità che ha individuato circa l'aiuto al suicidio risultino effettivi. Posto che esperienze del passato destano non marginali preoccupazioni (si pensi al destino dell'accertamento medico del grave pericolo per la salute della donna richiesto da Corte cost. n. 27/1975, o anche all'impegno richiesto dalla stessa legge n. 194/1978 per un serio aiuto alla donna che manifesti problemi in rapporto a una gravidanza).

Mai trascurando peraltro, quali che siano gli scenari legislativi futuri, il dato per cui sulle motivazioni della rinuncia di una persona malata a terapie tuttora proporzionate in rapporto al suo stato di salute, e sulla stessa richiesta di morire, incidono, per lo più in maniera decisiva, le modalità con cui il malato stesso si sia sentito accolto ed assistito.

Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*

[Corte costituzionale, sent. 25 settembre - 22 novembre 2019, n. 242, red. Modugno]

Andrea Nicolussi**

SOMMARIO: 1. La distinzione sbrecciata tra *lasciar morire accompagnando la persona e uccidere* accolta come punto di equilibrio dalla legge 219/2017. – 2. Il rapporto medico-paziente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019. – 3. La deontologia medica tra la legge 219/2017 e la mancata considerazione da parte della Corte costituzionale. – 4. Il ripensamento della Corte costituzionale sulla dignità soggettivizzata.

ABSTRACT

La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 ammette un'eccezione circoscritta al divieto penale di assistenza medica al suicidio che sbreccia, sia pure in misura limitata, la distinzione tra lasciare morire accompagnando la persona e uccidere, che rappresentava il punto di equilibrio dalla legge 219/2017. La Corte, infatti, sconfinava dal caso limite della rinuncia a trattamenti salvavita

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, andrea.nicolussi@unicatt.it.

per creare un'isola di non punibilità penale in casi di persone sottoposte a trattamenti salvavita che preferiscano la somministrazione di un farmaco letale alla sedazione palliativa profonda. La nota quindi esamina le implicazioni della sentenza n. 242/2019 sulla relazione medico paziente, con particolare riguardo ai riflessi riguardanti la deontologia tutelata dalla legge 219/2017 e invece non considerata dalla Corte costituzionale. Infine, viene dato rilievo al ripensamento della Corte costituzionale sulla dignità umana che inopinatamente e in diversi punti nell'ordinanza precedente n. 207 del 2018 era stata soggettivizzata.

The author comments on the sentence of the Constitutional Court n. 242 of 2019 which provided for a circumscribed exception to the criminal prohibition of medical assistance for suicide. First of all, the fact is noted that the distinction between letting die accompanying the person and killing, which represented the balance point by the law 219/2017, is broken even though exceptionally by the court's decision. The assessment of the Court, in fact, borders on the extreme case of withdrawal of life-saving treatments to create an island of non-criminal punishment in cases of persons subjected to life-saving treatments who prefer the administration of a lethal drug to deep palliative sedation. The author then examines implications of the judgement on the patient doctor relationship. In particular, emphasis is placed on the reflexes concerning medical ethics protected by law 219/2017 and instead not considered by the Constitutional Court. Finally, the re-thinking of the Constitutional Court on human dignity is noted, which unexpectedly in the previous order n. 207 of 2018 had been subjectivized in several places.

Un commento a caldo sulla sentenza recentissima della Corte costituzionale n. 242/2019 esige di concentrarsi su alcune limitate questioni o dubbi che si possono offrire a quella riflessione più meditata che senz'altro seguirà nella dottrina giuridica.

Anzitutto, una questione inerisce agli effetti che la sentenza produce sul rapporto giuridico tra medico e paziente che era stato appena modellato dalla legge n. 219 del 2017 dopo alcuni decenni di dibattito e di giurisprudenza sul fine vita, promuovendo e valorizzando «la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, co. 2). Il medico non può imporre decisioni al paziente, ma nemmeno quest'ultimo può trattare il medico come esecutore, dal momento che in base al comma 6 dello stesso articolo «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali». Indubbiamente tra le richieste che la legge escludeva prima della sentenza vi era quella dell'aiuto al suicidio sia perché tale aiuto risultava vietato dalla legge (persino penalmente ex art. 580 c.p.) sia perché è contrario alla deontologia professionale del medico, essendo espressamente e puntualmente vietato dall'art. 17 del codice deontologico dei medici rubricato *Atti finalizzati a provocare la morte*: «Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».

In questo quadro, la legge n. 219/2017, oltre a regolare le dichiarazioni anticipate di trattamento, disciplina due fattispecie, che sono il rifiuto da parte del paziente dell'avvio di trattamenti sanitari proposti dal medico e la rinuncia, sempre da parte del paziente, di trattamenti già iniziati, ossia la possibilità di interrompere tali trattamenti sanitari (Art. 1, co. 6: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da respon-

sabilità civile o penale»¹. In ultima analisi, il problema di fondo cui la legge risponde è l'invasività della tecnica in medicina, la quale può portare grandi benefici, ma può anche diventare una specie di costrizione, ed esige pertanto un dispositivo giuridico di controllo del rispetto della persona "sia in entrata sia in uscita" dai trattamenti. Di qui la ricezione di un principio ormai piuttosto consolidato anche nel nostro ordinamento: il principio, già preconizzato dalla legge istitutiva del SSN², del consenso informato, in base al quale ogni trattamento ha bisogno del consenso informato del paziente, sicché la tecnica medica incontra una sorta di *spatium deliberandi* riservato alla persona, la quale può acconsentire o rifiutare, ma anche consentire inizialmente e poi rinunciare a un trattamento pure quando quest'ultimo si configuri come un necessario sostegno per la sua sopravvivenza³. L'equilibrio della legge 219/2017 si fonda sulla distinzione che è il presupposto etico-giuridico della possibilità di interrompere trattamenti in atto, ancorché si tratti di c.d. trattamenti salvavita: la distinzione tra uccidere *sic et simpliciter*, che è sempre un atto artificiale, e lasciar morire accompagnando la persona nel suo fine vita, quando cioè è già «in atto una non rimediabile patologia di per sé sufficiente a determinare la morte»⁴. Lasciar morire accompagnando la persona nel suo fine vita significa accogliere l'idea che, quando la persona si trovi in condizioni tali per cui il trattamento non fornisce ragionevoli speranze di

¹ La distinzione era stata accolta già dal Parere del CNB del 24 ottobre 2008 su *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* leggibile consultando <http://bioetica.governo.it/media/171396/4-pareri-24-ottobre-2008.pdf> dove alla nota 1 il significato della distinzione tra rifiuto e rinuncia. Mi permetto di rinviare anche al mio *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico*. Profili medici, filosofici e giuridici, Torino, Giappichelli, 2010, 35 ss. La distinzione è stata valorizzata, sul piano della bioetica (come specialità della filosofia morale), da F. MARIN, *The end of life and the ascription of responsibility*, in *Medicina e morale*, 2017, pp. 630 ss. Sorprende, invece, per apoditticità ed astrattezza l'asserzione contenuta nelle Raccomandazioni SIAARTI per l'approccio alla persona morente – Update 2018 (consultabile al link <http://www.siaarti.it/SiteAssets/Ricerca/documento-siaarti-fine-vita/Documento%20SIAARTI%20Fine%20vita.pdf>) in cui in incipit ai *Principi etici fondamentali* si legge: «Il non avvio o la sospensione di un trattamento sono eticamente equivalenti».

² Il riferimento è all'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*), in base al quale «Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

³ La Corte sintetizza con queste parole «la legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), la cui disciplina recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria – in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) – nonché le indicazioni di questa Corte riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico (ordinanza n. 207 del 2018): principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008)». Il riferimento al caso Englaro è però un po' impreciso, perché la legge non dà rilievo alla c.d. volontà ipotetica della persona incapace e quindi, sotto questo profilo, salvo interpretazioni correttive, non ha previsto la possibilità di decisioni surrogate, salva semmai l'applicazione di precise disposizioni anticipate di trattamento. Mi permetto di rinviare sul punto al mio *La legge n. 219/2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: il problema e le risposte della legge*, in TCRS 2018, 69 ss.

⁴ D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 278, nt. 6.

un miglioramento delle condizioni di salute, ma soltanto prolunga il tempo della morte e delle sofferenze rispetto a quello che sarebbe l'esito naturale, il c.d. «distacco della spina» è solo una forma di desistenza da un tentativo terapeutico per lasciar riprendere il processo del morire. Invece, uccidere significa agire direttamente per dare la morte senza nulla a che vedere col processo naturale di quest'ultima. Non è la stessa cosa somministrare un farmaco che serve per dare direttamente la morte ovvero somministrarne uno che serve per eliminare (o lenire) la sofferenza come nel caso della sedazione, ove pure questa – come prevede l'art. 4 della l. 219/2017 – si configuri come «sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore» e sia messa in atto in casi di «prognosi infausta o di imminenza di morte»⁵.

Ora, a brevissima distanza dall'entrata in vigore della legge, questo equilibrio faticosamente raggiunto risulta, sia pure in un caso eccezionale, sbrecciato dall'intervento della Corte che incide sulla stessa distinzione tra uccidere e lasciar morire o più precisamente sulle implicazioni giuridiche di quest'ultima. La Corte cost. n. 242/2019, infatti, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

È la stessa Corte, peraltro, che, oltre a configurare solo in termini di non punibilità il fatto, sembra propensa a limitare la frattura tra la legge del Parlamento e la sua sentenza, precisando che «La disciplina potrebbe essere inoltre «introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in

⁵ La Corte sembra ritenere che il requisito della «prognosi infausta o di imminenza di morte» possa essere non osservato in casi come quello da cui il giudizio ha preso spunto in cui in realtà tale requisito non ricorreva. In merito si legge nella sentenza che «Integrando le previsioni della legge 15 marzo 2010, n. 38 (Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore) – che tutela e garantisce l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore da parte del paziente, inserendole nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza – la legge n. 219 del 2017 prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1). Lo stesso art. 2 stabilisce inoltre, al comma 2, che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari. Disposizione, questa, che «non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte» (ordinanza n. 207 del 2018)».

modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico”, opportunamente valorizzata dall’art. 1 della legge medesima» (ordinanza n. 207 del 2018)⁶.

1. La distinzione sbrecciata tra *lasciar morire accompagnando la persona* e *uccidere* accolta come punto di equilibrio dalla legge 219/2017

La questione allora è in che modo e fino a che punto la sentenza abbia sbrecciato il principio ricollegato alla distinzione tra *lasciar morire accompagnando la persona* e *uccidere*. Una risposta in tal senso implica, in primo luogo, una presa di posizione sulla rilevanza dell’argomento del pendio scivoloso, quello cioè secondo cui semplicemente introducendo una eccezione alla distinzione tra *lasciar morire* e *uccidere* si apra inesorabilmente la strada a una radicalizzazione della prospettiva eutanasi. È un argomento che, peraltro, si muove in un doppio senso di marcia, potendo valere sia per chi è contro tale prospettiva sia per chi ne è a favore: l’arte del distinguere, che è vitale per il giurista, viene solitamente ripudiata dagli estremismi⁷. In questa prima riflessione si tenterà invece di prendere sul serio la sentenza quando afferma il carattere di eccezione ben circoscritta alla deroga, che pur ammette, a quella distinzione e più in generale al divieto di uccidere che nella

⁶ La Corte nella sentenza sembra avere attenuato i toni dell’ordinanza, rendendosi probabilmente più consapevole della delicatezza istituzionale del proprio intervento in una materia appena regolata dal legislatore verso il quale l’atteggiamento di monito e di urgenza in questo caso non risulta facilmente comprensibile. Sotto questo profilo, si può apprezzare la distanza rispetto all’incredibile sentenza n. 162 del 2014 sulla fecondazione eterologa, in merito alla quale la Corte ha negato ogni discrezionalità del legislatore e imposto la legittimità di tale pratica, pretendendo che essa, vietata dalla legge 40/2004, potesse ugualmente già trovare una disciplina nell’ordinamento giuridico italiano. Su tale sentenza, mi permetto di rinviare al mio *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto, Studi in onore di C. Castronovo*, Napoli, Jovene, 2018, p. 754 e a C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 67 ss. La sentenza potrebbe essere indicata come l’esempio italiano della c.d. *juristocracy* di Hirschl su cui v. A. DA RE, *L’autonomia del medico e il rischio dell’eterodeterminazione. A proposito del nuovo Codice di Deontologia Medica*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2017, n. 2, pp. 47 ss. con rinvio a R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA) – London, 2004; ID., *The Judicialization of Politics*, in G.A. CALDEIRA, R.D. KELEMEN, K.E. WHITTINGTON (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, consultabile al sito <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199208425.001.0001/oxfordhb/9780199208425-e-8>.

⁷ Cfr. E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 130, e ID., *Rifiuto delle cure mediche e del trattamento*, in E. LECALDANO, *Dizionario di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 260, il quale afferma che le distinzioni accolte dal nostro ordinamento giuridico renderebbero «piena di contraddizioni la giurisprudenza sulle situazioni di fine vita» per concludere che «la coesistenza di criteri potrà essere messa da parte quando sarà più ampiamente riconosciuta la libertà morale delle persone responsabili di decidere sulle loro cure e la fine della loro vita». Secondo S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 251 e 253, una volta acquisito il principio del consenso informato residuerebbe soltanto la depenalizzazione dell’aiuto al suicidio. Sul pendio scivoloso, da opposta prospettiva, D. LAMB, *Down the Slippery Slope*, London, 1988, pp. 42-43 e E. DE SEPTIS, *Eutanasia, tra bioetica e diritto*, Venezia 2008, pp. 64 ss. Relativamente all’esperienza olandese, la *slippery slope* è denunciata da J. KEOWN, *Five flawed arguments for decriminalising euthanasia*, in A. ALGHRANI, R. BENNETT, S. OST (eds.), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Cambridge, Cambridge Bioethics and Law, 2012, pp. 33. e 38 ss.

sentenza è reputato espressamente ben fondato sul piano costituzionale anche nella sua declinazione dell'art. 580 c.p.

D'altra parte, la Costituzione italiana è univocamente biofila, per dirla con Fromm⁸, e non cade di certo nella confusione tra biofilia e necrofilia, scambiando la fisiologia con la patologia: il diritto di vivere non si converte nella banalità del suo contrario, in un necrofilo «diritto» di morire. Anzitutto «Non è pertinente», precisa la Corte con riguardo alla Costituzione e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, «il riferimento del rimettente al diritto alla vita, riconosciuto implicitamente – come “primo dei diritti inviolabili dell'uomo”» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri – dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché, in modo esplicito, dall'art. 2 CEDU. “Dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*)” (ordinanza n. 207 del 2018)». La Corte Edu ha affermato, nel caso *Pretty v. Regno Unito*, che sarebbe una «grave forzatura del linguaggio normativo» desumere dal diritto alla tutela della vita proclamato dall'art. 2 CEDU un cosiddetto diritto di morire, come se la tutela della vita potesse essere rivolta nel suo contrario. La giurisprudenza della Corte accorda la preminenza all'articolo 2 come una delle disposizioni più fondamentali della Convenzione. Protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di qualsiasi altro diritto e libertà della Convenzione sarebbe vano. Stabilisce le circostanze limitate in cui la privazione della vita può essere giustificata e la Corte ha applicato un controllo rigoroso quando tali eccezioni sono state invocate dagli Stati».

D'altra parte, l'opzione biofila si ritrova anche nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, la quale in una decisione presa all'unanimità, ha stabilito nel caso *Vacco v. Quill*⁹ che «la distinzione tra il lasciarsi morire rifiutando o interrompendo un trattamento (eutanasia passiva) e il provocare la morte (eutanasia attiva) — una distinzione ampiamente riconosciuta e applicata nella professione medica e nella tradizione americana — è *important, logical, and well established*». Questa stessa sentenza ha poi negato che il divieto di assistenza al suicidio abbia effetti discriminatori, perché mentre ciascuno, indipendentemente dalle sue condizioni fisiche, ha diritto, se è capace d'intendere e di volere, di rifiutare dei trattamenti medici salva-vita, nessuno può dare assistenza in un suicidio; e poiché tale divieto è previsto in generale e quindi vale per tutti, esso è indiscu-

⁸ E. FROMM, *Psicoanalisi dell'amore. Necrofilia e biofilia nell'uomo*, trad it., Roma, Newton Compton Editori, 1971, pp. 60 ss.

⁹ *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997).

tibilmente rispettoso dell'*Equal Protection Clause*. Il divieto di assistenza al suicidio non solo non viola dei diritti fondamentali, ma piuttosto, come si sottolinea più nel dettaglio nel coevo *Washington et al. v. Glucksberg et al.*¹⁰, soddisfa alcuni interessi generali: «*prohibiting intentional killing and preserving life; preventing suicide; maintaining physicians' role as their patients' healers; protecting vulnerable people from indifference, prejudice, and psychological and financial pressure to end their lives; and avoiding a possible slide towards euthanasia*». Tali interessi generali sono ritenuti prevalenti rispetto a una eventuale volontà in senso contrario della persona che fa richiesta di aiuto al suicidio.

2. Il rapporto medico-paziente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019

All'insegna del primato del divieto di aiutare ad uccidere, occorre quindi interpretare la sentenza n. 242/2019, che non mette in discussione il principio dell'indisponibilità *manu aliena* della vita né quindi veicola un concetto di autodeterminazione di stampo nihilista: «Neppure, poi, – vi si legge – è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita: diritto che il rimettente ricava dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost. A prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930, la *ratio* dell'art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio». In quest'ottica, la Corte precisa significativamente che «*La circostanza, del tutto comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l'ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta, questa, che – diversamente dalla prima – fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una relatio ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita*».

In altre parole, la distinzione tra lasciar morire accompagnando la persona e uccidere rimane il principio forte anche della relazione medico-paziente che, se si ritiene di continuare a concepire come rapporto intersoggettivo, presuppone il rispetto delle reciproche sfere personali; onde né il paziente è titolare di alcun diritto di pretendere trattamenti letali da parte del medico che non degrada a mero esecutore privo di ogni autonomia professionale né quest'ultimo ha in generale il potere di effettuarli.

¹⁰ *Washington et al. v. Glucksberg et al.*, 521 U.S. 702 (1997).

La sentenza individua solo un caso eccezionale nel quale non riconosce appunto un vero e proprio diritto soggettivo in capo al paziente, ma ravvisa delle circostanze che possono eccezionalmente valere come cause di non punibilità del medico, il quale non è obbligato, ma, se pone in essere l'aiuto al suicidio, non è punibile.

Si tratta di un'ipotesi che la Corte reputa contigua a quella della rinuncia (interruzione) del trattamento salva vita e con riguardo alla quale il confronto farebbe rilevare una sproporzione o irragionevolezza della disciplina prevista dall'art. 580 c.p. e dalla legge n. 219/2017 che lo presuppone. «Se, infatti – si legge nella sentenza –, il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

Come risulta piuttosto chiaramente, la Corte si sforza di ricondurre questo caso eccezionale alla *ratio* fondamentale della legge n. 219/2017, ossia alla tutela della persona (alla libertà personale *ex art. 13 Cost.*) nei confronti della tecnica medica che ispira il diritto di rifiutare trattamenti e di rinunciarvi interrompendoli una volta già iniziati (che spesso viene riferito anche all'art. 32, co. 2, Cost. in relazione al principio del rispetto della persona umana ivi sancito)¹¹. «Si tratta – essa precisa in questo senso – di “situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali”. In tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione».

¹¹ Viene spesso richiamata in questo campo la tradizione inglese dell'*babeas corpus* che può ben dirsi un importante riferimento storico della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost. Va però ricordato che l'*babeas corpus*, nel suo significato positivo, ha comportato che la forma giuridica e le procedure costituissero una sorta di baluardo a tutela dell'integrità fisica delle persone contro il pericolo dell'errore giudiziario. Perciò il principio risulta travisato, se non rivolto nel suo contrario, quando, come è accaduto alle sezioni unite della Cass. (14 novembre 2008, n. 27145), la forma giuridica viene assolutizzata subordinandole persino il bene della vita. Le Sezioni Unite, infatti, non prendendo nemmeno in considerazione che la vita costituisce il presupposto delle questioni di stato e di capacità delle persone per le quali la legge consente il ricorso del Pubblico ministero, non hanno ammesso il ricorso proposto da quest'ultimo nel caso Englaro, lasciando l'ultima parola, paradossalmente, a un decreto della Corte di Appello di Milano, ossia a un provvedimento privo nella sostanza di contraddittorio.

Orbene, quanto all'equiparazione che la sentenza propone tra ipotesi di rinuncia a trattamenti salva vita con l'intervento del medico per accompagnare il morente mediante terapia del dolore o sedazione e l'aiuto al suicidio da parte del medico, essa appare una forzatura. Anzitutto, la proposizione che si legge nella sentenza secondo cui «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita (...)» si rivela una fallacia (nel senso della *ignorantia elenchi*). Non si può seriamente sostenere, infatti, che la somministrazione di un farmaco letale (o più schiettamente, un veleno) o l'impiego di altro strumento finalizzato a provocare la morte costituisca una «terapia». Del resto, come è stato messo in evidenza dalla prospettiva filosofica, quella tra lasciar morire (accompagnando la persona) e uccidere è una falsa analogia «perché le fattispecie prese in esame sono tra loro sostanzialmente differenti, al di là di qualche proprietà comune»¹². Se anche nel caso dell'interruzione del trattamento quella del medico può essere descritta come una condotta attiva, che si esplica nel distacco o spegnimento di un'apparecchiatura medica e nel contestuale avvio della sedazione profonda, tale condotta attiva rientra pur sempre nel permettere (*allowing*) e quindi nel lasciar morire; perciò come tale non può essere moralmente paragonata alla condotta attiva, al *doing* di chi fornisce assistenza al suicidio¹³. Certo, nella prospettiva giuridica la Corte non si muove propriamente all'interno di un confronto in cui l'analogia venga condotta su un piano, per così dire, soltanto ontologico, ma essa svolge il confronto soprattutto sul piano funzionale, sia in senso oggettivo sia in senso soggettivo: oggettivamente, considera che entrambe le pratiche hanno come esito la morte, la quale rappresenterebbe, anche soggettivamente, lo scopo di chi ne fa richiesta; tanto è vero che il difetto della disciplina legale dichiarata illegittima sarebbe di imporre in ultima analisi «un'unica modalità per congedarsi dalla vita». Anche in questi termini, però, l'intervento della Corte lascia perplessi, perché l'argomento su cui si fonda l'equiparazione specificamente considerata dalla Corte sfrutta sbrigativamente una caratteristica comune, e difficilmente eliminabile, di ogni distinzione di fondo, la quale implica necessariamente l'esistenza di casi limite. La stessa logica del pendio scivoloso, infatti, entra in azione proprio quando si pretende di estendere una disciplina oltre i casi limite, avventurandosi in un'analogia condotta in riferimento a questi casi e quindi, nella sostanza, mettendo in discussione la stessa distinzione fino a spostare il confine. Un passo dopo

¹² A. DA RE, *La falsa analogia tra rifiuto-rinuncia alle cure e suicidio medicalmente assistito. Riflessioni bioetiche sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207/2018*, in *Medicina e morale*, 2019, pp. 5 ss.

¹³ A. DA RE, *La falsa analogia*, cit., p. 6 con riferimento a P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in B. STEINBOCK, A. NORCROSS (eds.), *Killing and Letting Die*, New York, Fordham University Press, 1994, pp. 266-279 e P. FOOT, *Morality, Action, and Outcome*, in P.A. WOODWARD (ed.), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Notre Dame, University of Notre Dame, 2001, pp. 67-82.

l'altro, uno sconfinamento dopo l'altro, si potrebbe giungere fino a giustificare l'omicidio del consenziente: la forza di gravità dello sconfinamento, se non si accetta il limite, a un certo punto è destinata a prevalere¹⁴.

Tuttavia, a ben guardare, la Corte non procede a un'analogia né dal lato della fattispecie né da quello della disciplina che non estende dalle ipotesi da cui ha condotto il confronto – la rinuncia interruzione di trattamenti salva-vita – all'ipotesi di richiesta di aiuto al suicidio da parte di persone sottoposte a trattamenti salva-vita. In quei casi la legge 219/2017 configura il diritto soggettivo all'interruzione del trattamento, mentre l'aiuto al suicidio viene ritenuto semplicemente ed eccezionalmente non punibile penalmente. Anziché una analogia, quella della Corte sembra essere una relazione di proporzionalità delle discipline messe a confronto in rapporto ai casi considerati.

Conseguentemente, la sentenza, pur viziata dalla forzatura indicata, non mira a sconvolgere l'equilibrio fissato nella legge 219/2017 e pertanto quella a cui la sentenza ha avuto riguardo è un'ipotesi di confine, alla quale, diversamente dal caso limite (caso che conferma la regola), non è estesa la medesima disciplina del caso limite (rappresentato dalla rinuncia a trattamenti salva vita¹⁵), ma si attenua eccezionalmente il rigore del divieto. A differenza del caso limite in cui la legge attribuisce un vero e proprio diritto del paziente alla rinuncia che il medico è tenuto a rispettare tenendo quel comportamento (lasciar morire accompagnando il paziente), la Corte non riconosce un diritto all'aiuto al suicidio da parte del medico. Lo precisa chiaramente ove si pone il problema dell'eventuale previsione di un'obiezione di coscienza: «quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»¹⁶. Né, dunque, diritto soggettivo all'aiuto al suicidio né obbligo di aiuto al suicidio.

¹⁴ Ad esempio, una volta sostenuto che l'aiuto al suicidio della persona sottoposta a sostegni salva-vita non è poi così distante dalla rinuncia al trattamento si è tentati di sostenere che rispetto all'aiuto al suicidio di chi rimane capace di assumere il farmaco letale che il medico gli abbia fornito non è molto distante la somministrazione diretta del farmaco letale a persona che fosse incapace di assumerlo da sé. È chiaro che fra queste due ultime ipotesi vi è una differenza significativa, perché – se non altro – come la stessa sentenza sottolinea, nel fatto di sforzarsi di assumere il farmaco letale vi è in qualche modo una conferma fattuale della volontà non revocata di morire, ma – come si dice nel testo occorre un limite a cui ancorarsi per evitare la forza di gravità dello sconfinamento progressivo.

¹⁵ «La declaratoria di incostituzionalità attiene, infatti, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo».

¹⁶ Invero, il problema dell'obiezione di coscienza era stato lasciato indefinito anche dalla legge n. 219/2017 che pure prevede che al medico non possano farsi richieste contrarie alla sua deontologia professionale. Esso si pone in modo più rilevante per l'interruzione di trattamenti salvavita (ad es., nutrizione e idratazione) in persone incapaci (ad es. in stato vegetativo) e con riguardo a pazienti capaci ai quali venga somministrata la sedazione palliativa profonda prevista dall'art. 2, co. 2 nella misura in cui se ne accolga l'interpretazione estensiva della stessa Corte costituzionale che reputa

3. La deontologia medica tra la legge 219/2017 e la mancata considerazione da parte della Corte costituzionale

Tuttavia, la sentenza, già in questi termini, appare sbilanciata nei confronti dei medici, la deontologia dei quali nemmeno una volta in tutto l'*iter* argomentativo (sia nella precedente ordinanza sia nella sentenza vera e propria) viene presa in considerazione, e ciò in palese e stridente contrasto rispetto alla legge n. 219/2017 che espressamente la tutela. Infatti, ponendosi peraltro anche in discontinuità con l'orientamento della sua stessa giurisprudenza che si ispira al principio di rispetto dell'autonomia professionale dei medici¹⁷, la sentenza rende non punibile un atto molto grave come il favorire la morte che invece il codice deontologico esplicitamente vieta. Bisognerà pertanto chiarire, in primo luogo, se la qualificazione di non punibilità decisa dalla Corte implichi, per il caso eccezionale delineato dalla sentenza, una illegittimità altresì del divieto dell'art. 17 del codice deontologico oppure se, sotto il profilo deontologico, il medico rimanga vincolato al proprio codice. Invero, la non punibilità dal punto di vista penale della condotta del medico non comporta necessariamente il venir meno del dovere del medico nei confronti del codice deontologico¹⁸. Da un lato, il fatto che l'ordinamento rinunci a sanzionare nel modo più grave un dato comportamento è ben compatibile col mantenimento di altre sanzioni come quella disciplinare; dall'altro lato, la deontologia – se viene presa sul serio – presuppone che la definizione dei doveri che una categoria professionale si dà nell'ambito della propria etica professionale, e in relazione alla definizione dei fini (gli *ends*) della propria attività professionale, possa ben essere differente e più esigente di quella strettamente giuridica.

praticabile tale strumento anche quando non ricorra il requisito della prognosi infausta a breve o di imminenza della morte. Secondo D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2018, n. 1, pp. 31 ss., l'art. 1, co. 6, l. 219/2017 «letto in combinato disposto con l'attuale art. 22 del codice (deontologico, n.d.r.), che contiene una clausola di coscienza generalissima, esso consentirebbe dunque al medico di rifiutare qualsivoglia intervento richiesto al medico dalla legge 219». Indubbiamente, tale esito sarebbe poco ragionevole, ma altrettanto poco plausibile sarebbe ridurre a un *flatus vocis* il riferimento esplicito dell'art. 1, co 5, l. 219/2017 alla deontologia professionale, e tanto più ora che la legge sembra estendere il campo delle operazioni lecite e o quantomeno non punite.

¹⁷ Cfr., Corte cost., n. 151/2009, 282/2002, 338/2003 e nella giurisprudenza di legittimità, cfr., Cass., (penale), n. 2865/2002. Quanto all'autonomia deontologica del medico, essa è fatta rilevare legalmente non solo dalla l.219/2017, ma anche più in generale dall'art. 3 della legge 11 gennaio 2018, n. 3 sul *Riordino della disciplina degli Ordini delle professioni sanitarie*, il quale prevede che «gli Ordini e le relative Federazioni nazionali promuovono e assicurano l'indipendenza, l'autonomia e la responsabilità delle professioni e dell'esercizio professionale, la qualità tecnico-professionale, la valorizzazione della funzione sociale, la salvaguardia dei diritti umani e dei principi etici dell'esercizio professionale indicati nei rispettivi codici deontologici, al fine di garantire la tutela della salute individuale e collettiva; essi non svolgono ruoli di rappresentanza sindacale».

¹⁸ Cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, il Mulino, 2015, 100.

Sotto questo profilo, è già stata denunciata una tendenza, che dovrebbe essere contrastata, alla eterodeterminazione (legale, giudiziale o economicistica) della professione medica¹⁹. Inoltre, sorge anche il problema, nei riguardi del medico che rifiuti di esaudire la richiesta suicidaria, di determinare cosa egli debba o possa fare ulteriormente in tali casi, ossia se la richiesta del paziente debba o possa essere inoltrata ad altri medici eventualmente disponibili. Non è facile, però, coordinare tale ipotesi con la logica della relazione di fiducia tra medico e paziente che la legge n. 219/2019 tutela e che la stessa sentenza reputa la dimensione migliore nella quale dare seguito a tale pronuncia. Infatti, l'inoltro della richiesta a un medico estraneo al rapporto significa, per definizione, uscire dalla relazione medico-paziente per lasciare il campo al medico esecutore che è soggetto terzo e ovviamente non può essere punto di riferimento di quella fiducia che presuppone la relazione col paziente. Sotto questo aspetto, peraltro, già l'interpretazione del diritto di rinunciare al trattamento come implicante una risposta automatica del medico aveva introdotto un *vulnus* al riguardo, ma anche tale aspetto rende perplessa la comparazione col caso limite della rinuncia al trattamento salva-vita²⁰.

La problematicità dell'estensione tocca altresì il profilo della volontà della persona che fa richiesta di aiuto al suicidio, così come già peraltro quella della persona che rinuncia, specialmente nei casi più critici. A differenza della normalità delle manifestazioni di volontà che ricorrono nei negozi giuridici nei quali il principio dell'affidamento impedisce che la volontà debba intendersi in senso psicologico²¹, in queste ipotesi è proprio la volontà in senso psicologico che dovrebbe essere tutelata²². Di qui quella procedimentalizzazione (la c.d. «procedura medicalizzata» estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo) che ovviamente non può essere sufficiente, ma è solitamente messa in campo per ridurre i margini di arbitrio.

Lo stesso art. 1, comma 5, della legge 219/2017 prevede che il medico debba prospettare al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative», promovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Quest'ultima regola mostra altresì come già con riferimento alla rinuncia il diritto del paziente incontri una modalità di esercizio peculiare, al punto che il medico non è tenuto a un comportamento meramente esecutivo, ma appunto a svolgere ogni azione di sostegno

¹⁹ Di eterodeterminazione legale o giudiziale, ma anche economica, della professione medica, ho parlato in *Per un codice di deontologia aperto alla coscienza e attento alla dimensione "eticosociale" della tutela della salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 2, p. 29.

²⁰ Nel Parere del CNB *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico del 24 ottobre 2008* il punto è fatto rilevare nella *Postilla* da me redatta con A. Da Re, a cui hanno aderito anche S. Amato e M. Gensabella.

²¹ Tra i tanti, cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München und Berlin, 1957, 2 ed., p. 159.

²² Difficoltà in tal senso sono messe in evidenza da F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Autodeterminazione, Un diritto di spessore costituzionale?*, in Atti del Convegno nazionale dell'UG.C.I., Pavia 5-7 dicembre 2009 (a cura di F. D'Agostino), Milano, 2012, p. 132.

al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica, interventi che potrebbero avere come esito una decisione diversa dall'interruzione del trattamento.

In aggiunta a ciò, la sentenza stabilisce che «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze». «La delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»²³.

4. Il ripensamento della Corte costituzionale sulla dignità soggettivizzata

Il confronto tra la sentenza n. 242/2019 e l'ordinanza n. 207/2018 mette poi in evidenza una differenza che sembra culturalmente molto significativa e che forse indica una specie di ripensamento da parte della Corte. Vero che nella sentenza si legge che i rilievi e le conclusioni in ordine al *thema decidendum* che si trovano nell'ordinanza n. 207 del 2018, «gli uni e le altre sono, in questa sede, confermati» e che quindi «a essi si salda, in conseguenza logica, l'odierna decisione», tuttavia si può rilevare che una serie di passaggi che avevamo stigmatizzato per aver introdotto inopinatamente una concezione soggettivizzata della dignità umana sono stati emendati nella sentenza²⁴.

Così, per fare un paio di esempi, nell'ordinanza, si legge che «in tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla *propria visione della dignità nel morire* e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care», mentre nella sentenza: «Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care». Similmente, nell'ordinanza si afferma che: «non vi è ragione per la quale il medesimo valore

²³ «Nelle more dell'intervento del legislatore – stabilisce Corte cost. 242/2019 -, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti. Tali comitati – quali organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria – sono, infatti, investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, *amplius*, all'uso di questi ultimi e dei dispositivi medici (art. 12, comma 10, lettera c, del d.l. n. 158 del 2012; art. 1 del decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013, recante «Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici»): funzioni che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche (artt. 1 e 4 del decreto del Ministro della salute 7 settembre 2017, recante «Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica»).

²⁴ Cfr. A. NICOLUSSI, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: il problema e le risposte della legge*, cit., p. 80, nt. 53 e ripreso ora in A. NICOLUSSI, C. RUSCONI, in *Volte e risvolti della dignità umana*, in *Jus*, 2019, di prossima pubblicazione.

debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – *apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa* – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». Invece, nella sentenza lo stesso passo è riportato eliminando il riferimento alla morte dignitosa: «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»²⁵.

In sintesi, i riferimenti dell'ordinanza alla dignità soggettivizzata e all'idea di vivere in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza scompaiono nella sentenza dove la dignità è richiamata in un solo punto, ma senza soggettivazione. Il ripensamento è importante e apprezzabile, quanto era discutibile e sorprendente la leggerezza con cui nell'ordinanza si ripeteva la strana idea di distinguere tra morti degne e indegne in base alla scelta dell'individuo, nonché tra vite indegne di essere vissute e vite degne di essere vissute. Il principio universalistico della dignità umana non tollera limitazioni. Esso costituisce il fondamento dei diritti umani tra i quali, forse, prima di ogni altro, la libertà e l'autonomia delle persone che esso promuove, ma ciò non può di certo includere la possibilità che tali diritti siano concepiti in rivolta contro il loro stesso fondamento. La dignità assorbita dall'autodeterminazione è una dignità che di fatto è destituita di valore.

Il confronto tra sentenza ed ordinanza fa rilevare inoltre la ripetizione nella sentenza di una considerazione ambigua secondo cui, per il paziente, un processo di morte più lento, dovuto alla sedazione palliativa profonda, in luogo della somministrazione di un farmaco letale, sarebbe «più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»²⁶. È evidentemente una valutazione opinabile e comunque inaccettabile nella sua absolutezza e nella sua assertività che sembra alludere all'idea che una morte più veloce sia anche nell'interesse delle persone care²⁷.

²⁵ Nell'ordinanza si leggono altresì questi passi: «Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di *porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa* e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo». «Quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione – si da porlo in condizione di *vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza*».

²⁶ «Al riguardo – si legge inoltre-, occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile».

²⁷ Circa la medesima affermazione presente nell'ordinanza, rileva L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, p. 10, (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6588-regole-di-fine-vita-e-poteri-dello-stato-sulla-ordinanza-n-2072018-della-corte-costituzionale>), che: «se il disagio di altri rispetto all'impatto col decorso verso la morte di una persona malata diviene criterio significativo per motivare un aiuto al suicidio, allora, in effetti, tutto diviene possibile. Ancora una volta, in totale contraddizione con quanto la prima parte dell'ordinanza dichiara di voler scongiurare». Sempre L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Rivista italia-*

Ora, il coinvolgimento dei familiari in queste situazioni è indiscutibile, ma è discutibile che la sorte di una persona possa dipendere o essere condizionata da un interesse, di qualunque genere e anche di carattere emotivo, di altre persone. La giusta preoccupazione di non fare dell'aiuto al suicidio uno strumento in danno delle persone più deboli dev'essere tenuta nella massima considerazione²⁸. Condivisibile in questa linea è, naturalmente, anche l'insistenza della Corte sulla necessità di fornire una serie di aiuti positivi tra cui l'effettività del diritto alle cure palliative in alternativa all'aiuto al suicidio. In effetti, «si cadrebbe, altrimenti, nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative». Insomma, lo sconfinamento operato dalla Corte, con la non punibilità nell'ipotesi eccezionale e circoscritta dell'aiuto al suicidio per persone sottoposte a trattamenti salva-vita, necessita di una chiara e univoca presa di distanza da quella tendenza, carsica nella modernità, all'idea di selezione dei soggetti più deboli. Si rischia di riesumare concezioni come quella in voga in taluni ambienti culturali di fine Ottocento che trovano espressione ad esempio in Cesare Lombroso, il quale si associava alla critica di eccesso di severità della incriminazione dell'aiuto al suicidio con queste parole: «Se, lasciando le pure astrazioni, noi interroghiamo la scienza della vita, questa ci mostra, scrivono Caluci e Ferri, per di più che l'interesse della società all'esistenza di ciascuno de' suoi membri non è assoluto, ma scema anzi di molto, cessa anzi nei casi appunto della morte volontaria. Bisogna aver la franchezza di portare nella scienza del diritto i fatti constatati dalla biologia, perché il diritto deve pure essere la norma della vita. Ora la biologia dimostra che nella lotta per l'esistenza soccombono i più deboli, i meno atti alla vita sociale; ed una appunto delle forme di questa sconfitta è il suicidio, che, al dire di Haeckel, è una valvola di sicurezza per le generazioni future, cui risparmia un triste e fatale retaggio di nevrosi, cioè di dolore; ed è, al dire di Bagehot, uno degli strumenti del miglioramento umano per via di selezione» (Caluci, nel Ferri, *L'Omicidio-Suicidio*, 2a ediz., Fratelli Bocca, 1884). Altrettanto scrisse Morselli. Ed io e Ferri dimostrammo che il suicidio è in antagonismo coll'omicidio, ne è una vera valvola di sicurezza, sicché dove l'uno predomina scema l'altro, quindi da questo lato il suicidio è anzi di un vero vantaggio alla sicurezza sociale²⁹.

Almeno codesto oggi possiamo dirti, che questo è sicuramente ciò che non vogliamo.

na di medicina legale e del diritto in campo sanitario, 2018, pp. 1313-1322, propone anche la provocazione secondo cui nell'ipotesi in questione si ridurrebbe in sostanza all'interesse del soggetto a morire rapidamente, ossia più rapidamente che mediante una rinuncia accompagnata da sedazione palliativa. Si può osservare, però, che per il soggetto che richiede l'aiuto al suicidio forse l'aspetto cruciale è quello di ridurre al minimo la sottoposizione a trattamenti sanitari anche nella forma della sedazione che può prolungarsi per alcuni giorni.

²⁸ V. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 103.

²⁹ C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888, pp. 38 ss. Né si tratta di una citazione anacronistica, visto che se ne trova eco in pubblicazioni ben più recenti come in H.T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Milano, Il Saggiatore, 1999 (trad. it. a cura di Rini), p. 65 e p. 102 dove si trovano rispettivamente le seguenti affermazioni: «leggi che proibiscono di favorire il suicidio degli individui in grado di intendere e di volere ... sono prove di autorità morale»; «non ha senso parlare di rispetto dell'autonomia dei feti, degli infanti o degli adulti gravemente ritardati, che non sono mai stati razionali. Non c'è autonomia da ledere. Costituiscono esempi di non-persone umane».

La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio

Cronaca e commento di una sentenza annunciata*

[Corte costituzionale, sent. 25 settembre - 22 novembre 2019, n. 242,
red. Modugno]

Chiara Tripodina**

SOMMARIO: 1. La cronaca – 2. La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio – 3. Aiuto al suicidio come libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie volte a liberare dalla sofferenza – 4. Il convitato di pietra: il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire – 5. Uguali davanti alla morte – 6. In assenza di vincoli costituzionali e in presenza di plurime risposte... – 7. ... la Corte pone la nuova disciplina del suicidio medicalmente assistito “nelle more dell’intervento del legislatore” – 8. Disposizioni transitorie... – 9. ... e finali – 10. Amare conclusioni

ABSTRACT:

In questo scritto l’autrice annota la sentenza 242 del 2019 della Corte costituzionale, in cui viene circoscritta un’area di non punibilità per il suicidio medicalmente assistito. Viene in questo modo superato il confine tra lasciare morire e aiutare a morire, benché vincoli in questo senso non discendano dalla Costituzione. L’autrice mette in evidenza i profili di criticità di questa decisione, sia

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell’Università del Piemonte orientale, chiara.tripodina@uniupo.it.

quanto al merito, sia quanto all'equilibrio dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento.

In this paper the author notes sentence n. 242/2019 of the Constitutional Court, in which an area of non-punishment for medically assisted suicide is circumscribed. Thus the boundary between letting die and aid to die is overcome, although the Constitution does not bind in this regard. The author highlights the critical aspects of this decision, both with regard to merit and with regard to the balance of relations between Constitutional Court and Parliament.

*Quando dava un giudizio su una causa,
non era lui che giudicava, ma la legge;
però, se la legge era troppo severa la temperava,
e là dove mancavano leggi era la sua equità a crearle*
(Voltaire, *Zadig*, 1747)

1. La cronaca

La sentenza n. 242 in tema di aiuto al suicidio, depositata il 22 novembre 2019, è forse stata una delle decisioni più attese nella storia della Corte costituzionale, complice l'originale scansione procedurale che ha condotto alla sua adozione.

La questione di legittimità costituzionale originata dal *Caso Cappato*¹ è stata decisa dalla Corte costituzionale in prima battuta con l'ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018², che, pur avendo riscontrato un *vulnus* nel divieto assoluto di aiuto al suicidio *ex* dell'art. 580 cod. pen.³, non ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale. Ciò al fine di lasciare al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa»⁴ e la possibilità di «assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità»⁵.

Non si è trattato, tuttavia, come già in passato, di un mero monito al legislatore: «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»⁶, la Corte ha disposto il rinvio del giudizio a nuova udienza, fissandola undici mesi dopo il 24 settembre del 2019, per decidere in via definitiva la questione alla luce dell'«eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»⁷. «Ordinanza di

¹ Marco Cappato è l'esponente dei Radicali che aveva accompagnato in auto da Milano in Svizzera Fabiano Antoniani, «Dj Fabo», perché vi ottenesse «assistenza alla morte volontaria».

² L'ord. n. 207/2018 è stata commentatissima. Non è qui possibile riferirsi a tutte le notazioni che ha ricevuto, per le quali si rinvia al sito ufficiale della Corte costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do>), dove se ne contano, ad oggi, novantasei.

³ Corte cost., ord. n. 207/2018, § 10 *Considerato in diritto*.

⁴ *Ibidem*, §11 *Considerato in diritto*.

⁵ *Ibidem*, § 11 *Considerato in diritto*.

⁶ *Ibidem*, § 11 *Considerato in diritto*.

⁷ *Ibidem*, § 11 *Considerato in diritto*.

incostituzionalità prospettata⁸: così è stato battezzata dalla Corte questo nuovo strumento decisorio, volto, da un lato, a evitare che «una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili», dall’altro, a dare al legislatore il tempo per «scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»⁹.

Ma il legislatore non ha battuto colpo, e la Corte ha dovuto prendere atto di come «nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d’altra parte, l’intervento del legislatore risulta imminente»¹⁰. Sono rimasti infatti senza seguito i progetti di legge presentati in Parlamento, non andando oltre la fase della trattazione in commissione¹¹.

Da ciò la nuova pronuncia, alla quale la Corte fa mostra di essere costretta dall’inerzia del legislatore. Ma che in undici mesi il Parlamento italiano - in questo momento storico e in questa composizione - arrivasse a un accordo per un’apertura all’aiuto al suicidio nel senso indicato dalla Corte appariva già in ipotesi assai improbabile. Sarebbe stato, per altro, forse inutile, visto che la Corte – come la sentenza in commento dimostra – si è ormai dotata di tutti gli strumenti per potere prescindere dal legislatore che non dia seguito “sotto dettatura” alle sue “ordinanze-delega”¹².

Così la Corte costituzionale, nella sentenza n. 242 del 2019, dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 580 del codice penale, «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»¹³.

Si tratta con ogni evidenza di una sentenza additiva di regola, con la quale la Corte costituzionale sottrae una “circoscritta area” dell’aiuto al suicidio – il c.d. “suicidio medicalmente

⁸ G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, su www.cortecostituzionale.it, p. 13.

⁹ Corte cost., ord. n. 207/2018, § 11 *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte cost., sent. 242/2019, § 3 *Considerato in diritto*.

¹¹ Proposte di legge A.C. 1586 e abbinata, depositate presso la Camera dei Deputati.

¹² Così definivo l’ordinanza in C. Tripodina, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2018, pp. 2476 ss.

¹³ Corte cost., sent. 242/2019, *Dispositivo*.

assistito” – all’incriminazione *ex art.* 580 del cod. pen., dettandone una prima disciplina regolatoria.

2. La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio

La sentenza 242/2019 per ampia parte ricostruisce la cronaca ora sinteticamente ricordata, nonché riprende e conferma gli argomenti alla luce dei quali aveva già riscontrato e prospettato il *vulnus* costituzionale.

Ponendosi nel solco dell’ordinanza del 2018, la Corte rigetta la tesi ricostruttiva della Corte remittente, ossia che «l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi *di per sé* in contrasto con la Costituzione»¹⁴.

Dal diritto alla vita – riconosciuto implicitamente dalla nostra Costituzione all’art. 2, come primo dei diritti inviolabili, ed esplicitamente dall’art. 2 della Cedu – discende infatti «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo», non quello diametralmente opposto «di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹⁵.

Neppure il diritto di farsi aiutare a morire è deducibile «da un generico diritto all’autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene vita»¹⁶, che il remittente ricava dagli artt. 2 e 13.1 Cost. e 8 Cedu. Tale diritto esiste nella misura in cui non entra in conflitto con altri diritti o interessi meritevoli di tutela. Ma non può dubitarsi che l’art. 580 c.p. sia «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento»¹⁷, quale la «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio», particolarmente quando questa possa essere indotta da «interferenze di ogni genere»¹⁸.

Posto dunque che l’incriminazione dell’aiuto al suicidio, nelle sue linee astratte e generali, «non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»¹⁹, la Corte tuttavia “circoscrive” – usa ora questo verbo - un’area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa»²⁰.

Riprendendo le argomentazioni dell’ordinanza del 2018 – pur, come si evidenzierà, con significative omissioni -, ritiene non conforme a Costituzione punire l’aiuto al suicidio in

¹⁴ *Ibidem*, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, §§ 5 e 6 *Considerato in diritto*.

¹⁵ *Ibidem*, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 5 *Considerato in diritto*.

¹⁶ *Ibidem*, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 6 *Considerato in diritto*.

¹⁷ Corte Cost., ord. 207/2018, § 5 *Considerato in diritto*.

¹⁸ Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 6 *Considerato in diritto*.

¹⁹ Corte cost., ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

²⁰ Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto*.

quei casi, «inimmaginabili all’epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta» perché esito di successivi sviluppi della scienza medica e tecnologica²¹, in cui la richiesta di aiuto al suicidio venga, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*, da una persona «a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»²².

In tali casi, sostiene la Corte, «l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»²³.

Riconosce, invero, la Corte che la decisione di «accogliere la morte»²⁴ potrebbe essere già presa sulla base della legislazione vigente. La legge n. 219 del 2017, in attuazione dell’articolo 32.2. Cost., riconosce infatti il diritto al rifiuto e all’interruzione di qualsiasi trattamento sanitario, anche di quelli necessari alla sopravvivenza (art. 1.5), facendo gravare al contempo sul medico il corrispondente dovere di rispettare la volontà del paziente, senza possibilità di obiezione di coscienza (art. 1.6). La legge consente inoltre al medico di ricorrere, con il consenso del paziente, alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, in caso di sofferenze refrattarie a qualsiasi altro trattamento sanitario, consentendo l’approdo alla morte in condizione di assenza di dolore e di incoscienza (art. 2.2)²⁵.

Già questa avrebbe potuto essere considerata una “via di uscita dignitosa” per le persone che si trovassero nelle tristi condizioni elencate dalla Corte. D’altra parte, erano proprio queste quelle che più erano nella mente del legislatore del 2017, quando delineava una delicata e coraggiosa disciplina del fine-vite che in Italia era attesa da oltre trent’anni²⁶. E tuttavia per la Corte l’incostituzionalità dell’art. 580 del cod. pen. sta proprio nel fatto che, vietando in modo assoluto l’aiuto al suicidio, esso impone al paziente che si trovi nelle condizioni date «un’unica modalità per congedarsi dalla vita»²⁷ (anche se, a onor del vero, la modalità non era unica neppure prima della sentenza²⁸).

²¹ *Ibidem*, § 2.3, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

²² *Ibidem*, § 2.3, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

²³ *Ibidem*, § 2.3, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

²⁴ *Ibidem*, § 2.3. Nell’ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*, parlava di «decisione di lasciarsi morire»; il mutamento nelle parole è dovuto al fatto che nella decisione di lasciarsi morire non può farsi rientrare il suicidio medicalmente assistito.

²⁵ L. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Per la legge, il paziente non può invece esigere «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»: «a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» (Art. 1.6).

²⁶ Risale al 19 dicembre 1984 la presentazione del primo disegno di legge in Italia in materia di fine vita, il cosiddetto “Progetto Fortuna”, recante *Norme sulla dignità della vita e disciplina dell’eutanasia passiva*.

²⁷ Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto*.

²⁸ Le persone che si trovavano nelle condizioni circoscritte dalla Corte prima della sentenza potevano chiedere, oltre che di 1) essere staccate dalle macchine e sottoposte a sedazione palliativa continua, anche di 2) essere staccate dalle macchine senza essere sedate, ma solo assistite da terapie palliative che attenuassero la sofferenza senza annullare la

Emblematico per la Corte è proprio il caso oggetto del giudizio principale, nel quale «l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda [...], proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida», bensì «sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni»; situazione che «egli non reputava dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo»²⁹. Proprio «l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà [...] sino al momento del decesso», può dunque essere da taluno vissuta come «soluzione non accettabile»³⁰ perché in contrasto con la sua idea di dignità nel morire. Così, insomma, se non viene garantito alla persona che versa nelle condizioni sopra descritte la possibilità di scegliere «trattamenti diretti, non già a eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte», la si costringe «a subire un processo più lento [in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire] e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»³¹ (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell'ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019).

Le conclusioni sono tratte dalla Corte alla luce di un giudizio di ragionevolezza, comparando ciò che la legge n. 219 del 2017 consente e ciò che il codice penale punisce.

Se, infatti, «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari», «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento [– apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa –] conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»³² (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell'ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019).

Se «chi è tenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»³³.

coscienza, o di 3) non essere staccate dalle macchine e che le terapie proseguissero finché non apparissero inutili e sproporzionate ai medici. Dopo la sentenza quelle persone possono anche chiedere di 4) essere medicalmente aiutati a suicidarsi.

²⁹ Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

³⁰ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*.

³¹ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

³² *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

³³ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

Ne consegue per la Corte che, «entro lo specifico ambito considerato», il divieto assoluto di aiuto al suicidio è incostituzionale in quanto «finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, compreso quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma Cost., imponendogli un’unica modalità per congedarsi dalla vita [senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio di dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest’ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)]»³⁴ (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell’ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019).

3. Aiuto al suicidio come libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie volte a liberare dalla sofferenza

Ciò che la Corte dichiara violata è dunque la *libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*. Includendo evidentemente il suicidio medicalmente assistito e la conseguente morte tra le terapie anti-dolore, che il paziente ha il diritto di scegliere e assumere.

Il fondamento costituzionale di questa libertà andrebbe rinvenuto nel combinato disposto degli articoli 2, 13 e 32.2 Cost.: i primi due già espressamente esclusi dalla Corte quali plausibili fondamenti di un diritto a «ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» o di un generico diritto «all’autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene vita»³⁵; l’ultimo, che riconosce il diritto a non essere obbligati a un determinato trattamento sanitario, anche salva-vita, ma non anche il diritto a ottenere aiuto al suicidio. E non è chiaro come, da tre parametri non pertinenti, ne possa scaturire uno pertinente in virtù della loro lettura “in combinato disposto”.

Non compare più, invece, la lesione del principio di dignità umana e neppure l’art. 3 Cost. quale parametro rilevante. Perché?

³⁴ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

³⁵ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, §§ 5 e 6 *Considerato in diritto*.

4. Il convitato di pietra: il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire

I “non detti” nella sentenza del 2019, rispetto all’ordinanza del 2018, sono molto significativi.

La parola “dignità” non compare più nella parte motiva della sentenza³⁶, particolarmente se legata alle parole morte/morire.

Non ci sono più espressioni come processo «meno corrispondente alla *propria visione della dignità nel morire*»; decorso «apprezzato come contrario alla *propria idea di morte dignitosa*»; divieto assoluto di aiuto al suicidio come «*lesione del principio di dignità umana*».

Queste omissioni – opportune – non sono dettate certo dal caso o da esigenze di sintesi. La Corte, nel corso degli undici mesi, deve avere inteso tutta la fragilità e le non trascurabili conseguenze di una decisione fondata sul riconoscimento di un diritto costituzionale non semplicemente a morire dignitosamente, ma a *morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire*.

“Fragilità” perché, se morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità corrisponde a un’aspirazione profondamente umana (di pienamente e liberamente interpretare la propria vita nel modo unico che a ciascuno corrisponde, fino alla fine), è arduo rinvenirne un fondamento in Costituzione che consenta di elevare tale aspirazione a diritto costituzionale.

“Non trascurabili conseguenze” perché, se si afferma l’esistenza di un diritto costituzionale a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire, nessun limite può poi essere posto, né quanto ai soggetti, né quanto ai modi. E perché, se si afferma l’esistenza di un tale diritto, occorre necessariamente prevedere anche l’adempimento del corrispondente dovere di garantire a ciascuno la possibilità di morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire³⁷.

E tuttavia, se pur le parole sono state cancellate, il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione nel morire resta il convitato di pietra di questa sentenza; solo occultato dietro altre parole.

Riappare in traluce quando la Corte, per motivare la circoscritta area di non punibilità del suicidio medicalmente assistito, dice che, «in tali casi, l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unico modo per sottrarsi, secondo le proprie

³⁶ Fatto salvo un richiamo, al § 5 *Considerato in diritto*, alla necessità di garantire la «dignità del paziente» quando gli verrà garantito l’aiuto al suicidio dal servizio sanitario nazionale.

³⁷ C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in *Forum costituzionale*, n. 6/2019.

scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»³⁸. Che è come dire che il malato ha *il diritto sottrarsi alla vita nel modo più corrispondente – nell’unico modo corrispondente – alle proprie scelte individuali*. Che è null’altro che un diverso modo di dire che ha il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire.

Ma – opportunamente, ma anche ambigualmente – la Corte non dice mai la parola “diritto”. Usa la parola “libertà”. Che rievoca la libertà di suicidarsi – l’ultima libertà, estrema e di fatto -, ora estesa anche al suicidio medicalmente assistito. “Non dice” opportunamente, perché come non esiste il “diritto di suicidarsi”, non esiste neppure il diritto, meno che mai costituzionale, di essere aiutato a suicidarsi, con il corredo di doveri che ne dovrebbe conseguire. Ma anche “non dice” ambigualmente, perché in realtà tale diritto pare sotteso a tutto il ragionamento che la Corte sviluppa nel corso della sentenza.

5. Uguali davanti alla morte

Insieme a ogni riferimento alla visione soggettiva di dignità nel morire, scompare dalla sentenza del 2019 anche l’art. 3.1 Cost. quale parametro rilevante.

In realtà, dalle argomentazioni della Corte, esso pare l’unico articolo della Costituzione in grado di giustificare la pronuncia di illegittimità costituzionale dell’art. 580 del cod. pen.: il cuore della motivazione sta nella parte in cui la Corte, assunta a *tertium comparationis* la legge 219/2017, sostiene che «*non vi è ragione*» per la quale una persona, nelle condizioni date in ipotesi, possa chiedere di essere lasciata morire e accompagnata alla morte in condizioni di non coscienza e assenza di sofferenza e non anche di essere medicalmente aiutata a suicidarsi; «*non si vede la ragione*» – dice la Corte – per la quale non si possa «concludere la propria esistenza con l’aiuto d’altri»³⁹.

È un chiaro giudizio di ragionevolezza, che la Corte ritiene di poter condurre senza ormai neanche più la finzione retorica del suo aggancio all’art. 3.1. Cost. e senza neanche più la necessità di addurre argomenti a sostegno dell’irragionevolezza. La Corte asserisce, ma non argomenta⁴⁰.

³⁸ Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

³⁹ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in Diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 del *Considerato in Diritto*.

⁴⁰ Invero, qualche ragione a sostegno della ragionevolezza della distinzione tra lasciar morire e aiutare a suicidarsi potrebbe trovarsi. Come ho già avuto modo di dire, se pure è sostenibile che sia solo un’ipocrisia in punto di diritto distinguere in base all’omissività o alla commissività che la scelta richiede, tuttavia vi sono ipocrisie che, pur tali dal punto di vista pratico o morale, possono avere un senso dal punto di vista giuridico: per ricordare ai membri di una comunità politica che vi sono limiti invalicabili all’agire umano. Primo fra tutti l’intangibilità della vita altrui, scortata dall’assolutezza del tabù del “non uccidere”. Oppure no. Ma su questo la Corte costituzionale non spende parole (C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale*, cit., pp. 2476 ss.).

Fondare l'apertura all'aiuto al suicidio sul principio di uguaglianza formale – pur senza citarlo – può però ingenerare la difficoltà di difendere nel tempo la “circoscritta area” di non punibilità che la Corte ha ritenuto di poter delimitare.

Dice la Corte che ha diritto di ricevere aiuto al suicidio solo la persona «a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»⁴¹. Ma perché solo la persona in tali condizioni dovrebbe avere diritto a morire nell'«unico modo» da lei ritenuto idoneo a sottrarla, «secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento (artificiale) in vita non più voluto»⁴²? Perché non anche la persona che non vede la sua vita dipendere da trattamenti di sostegno vitale e pure ritiene il suo *modus moriendi* non conforme alle sue scelte individuali? Perché non anche la persona che non ha semplicemente bisogno di essere aiutata a morire, ma, versando in condizioni tali per cui le è precluso anche quel barlume di autosufficienza che le consentirebbe di darsi la morte premendo con le labbra lo stantuffo di una siringa (i *locked-in*), chiede di essere uccisa (omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.*)? Sono queste le persone oggi davvero nude di fronte a una morte che non ritengono degna. Perché dovrebbe essere così scriminante essere legati a una macchina o non esserlo; essere aiutati a suicidarsi o essere uccisi su richiesta, se è giudicata irrilevante la differenza tra essere lasciati morire e essere aiutati a suicidarsi?

Tutti i confini volti a circoscrivere strettamente l'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio sono destinati a saltare, alla luce del principio di uguaglianza/ragionevolezza una volta valicato il confine tra lasciar morire e aiutare a morire: siamo in ultimo tutti uguali davanti alla “grande eguagliatrice”. E non basta tacere come parametro l'art. 3.1 Cost. affinché questo non accada.

6. In assenza di vincoli costituzionali e in presenza di plurime risposte...

L'ordinanza n. 207 del 2018, benché riscontrasse il *vulnus* costituzionale, non lo dichiarava in (apparente) ossequio alla discrezionalità del legislatore. Riconoscendo che la questione di legittimità costituzionale si collocava all'«incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere»⁴³, i giudici costituzionali sospendevano il loro giudizio, dando al Parlamento undici mesi di tempo per «assumere le necessarie decisioni», rimesse

⁴¹ Corte cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in Diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in Diritto*.

⁴² *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

⁴³ Corte cost., ord. n. 207/2018, § 11 *Considerato in diritto*.

«in linea di principio alla sua discrezionalità», ma, in linea di fatto, «nei limiti indicati dalla presente pronuncia» e «in conformità alle segnalate esigenze di tutela»⁴⁴. Limite ed esigenze dettati in modo così stringente⁴⁵ da fare pensare a un’“ordinanza-delega”, con tanto di indicazione di oggetto, principi e criteri direttivi, termine.

Nella sentenza 242/2019, la Corte prende atto «di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza»⁴⁶ e afferma di non potere «ulteriormente esimersi dal pronunciar[si] sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

Scatta dunque come una tagliola, allo scoccare degli undici mesi, il meccanismo della “doppia pronuncia”: «decorso un congruo periodo di tempo, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia»⁴⁷; occorre evitare «zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale»⁴⁸.

Unico freno alla Corte costituzionale avrebbe potuto venire – e veniva in passato – dal fatto che per disciplinare la materia fossero possibili plurime «risposte differenziate da parte del legislatore»⁴⁹ e non vi fosse alcun contenuto che discendesse in modo vincolato – “a rime obbligate”, si diceva un tempo - dalla Costituzione. Ma ormai la Corte reputa da superare quel suo storico *self-restraint*. Tutto ciò «non è di ostacolo»⁵⁰: ove «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali», la Corte «può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁵¹.

E poco importa che, nel caso di specie, non vi fosse, in realtà, alcun “vuoto di disciplina”, giacché il legislatore si era premurato di colmarlo proprio con la legge n. 219 del 2017.

⁴⁴ *Ibidem*, § 11 *Considerato in diritto*.

⁴⁵ La Corte chiedeva al legislatore di prevedere «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto»; «la disciplina del relativo “processo medicalizzato”»; «l’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale»; «la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»; il «coinvolgimento in un percorso di cure palliative» come «pre-requisito della scelta» del paziente che voglia concludere anticipatamente l’esistenza; da ultimo, la necessità di «una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto di giudizio)», che altrimenti non potrebbero beneficiare della non punibilità (Corte cost., ord. n. 207/2018, § 10 *Considerato in diritto*).

⁴⁶ Corte cost., sent. 242/2019, § 3 *Considerato in diritto*.

⁴⁷ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

⁴⁸ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

⁴⁹ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

⁵⁰ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

Ibidem § 4 *Considerato in diritto*.

⁵¹ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto* (in questo senso la Corte cita la sua giurisprudenza più recente: sentt. n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016).

Per i giudici costituzionali resta tuttavia un *vulnus* inaccettabile la scopertura di tutela per quei – pochi - casi nei quali la sedazione profonda e continua «possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile», ritenendo che «l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto» sia l'aiuto al suicidio⁵².

Questa costruzione, così strettamente legata e influenzata dal caso d'origine, fa riflettere sul ruolo dei casi nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: su come sempre più spesso le leggi vengano dichiarate incostituzionali perché percepite dalla Corte come «ingiuste» rispetto al caso, e su come il giudizio di legittimità costituzionale vada sempre più trascolorando – in assenza di solidi argomenti e saldi agganci al parametro costituzionale – in giudizio di equità. Con la Corte sempre più novello Zadig, che «se la legge era troppo severa la temperava, e la dove mancavano leggi era la sua equità a crearle»⁵³. Con non trascurabili conseguenze sul piano della forma di Stato, di governo e del sistema delle fonti. Ma non è certo il commento a una sentenza il luogo per entrare in simili riflessioni. Che però pungono, come la punta di uno spillo.

7. ... la Corte pone la nuova disciplina del suicidio medicalmente assistito “nelle more dell'intervento del legislatore”

Nel dettare la disciplina per la “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio, la Corte ricava «dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato»⁵⁴, validi – la Corte lo sottolinea più volte - «nelle more dell'intervento del legislatore»⁵⁵.

L'ultima stagione di supplenza della Corte⁵⁶ è, dunque, quella della supplenza *sub condicione*, con sentenze *self executing* «fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁵⁷.

⁵² *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*.

⁵³ Voltaire, *Zadig* (1747), Milano, Garzanti, 1994, p. 115.

⁵⁴ Corte cost., sent. 242/2019, § 4 *Considerato in diritto*.

⁵⁵ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁵⁶ L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 516 ss., individuava due stagioni di supplenza della Corte costituzionale, a rimedio dell'impotenza del legislatore: la prima - la «grande supplenza» - è quella che prese avvio negli anni immediatamente successivi all'entrata in funzione della Corte costituzionale al fine di purgare dalle incostituzionalità la normativa anteriore al 1948; a partire dagli anni 1963-1965, si aprì la seconda stagione di supplenza, quando la Corte inaugurò una giurisdizione non più di mera amputazione, ma “di creazione”.

⁵⁷ Corte cost., sent. 242/2019, § 4 *Considerato in diritto*. Più volte nella sentenza ricorrono le frasi «nelle more dell'intervento del Parlamento», «nelle more dell'intervento del legislatore».

La declatoria di incostituzionalità attiene «in modo specifico ed esclusivo»⁵⁸ al suicidio medicalmente assistito prestato in favore di quei soggetti che si trovino nella “circoscritta area” delimitata dalle condizioni elencate dalla Corte. Proprio per evitare «intollerabili vuoti di tutela»⁵⁹ nei confronti di costoro, ora sottratti dalla “cintura protettiva” dell’articolo 580 cod. pen.⁶⁰, la Corte costituzionale trova un «preciso punto di riferimento» negli artt. 1 e 2 della legge 219 del 2017⁶¹; ossia proprio in quella legge, i cui lavori preparatori narrano di una precisa volontà del legislatore concreto di *non* aprire all’aiuto al suicidio e all’aiuto a morire⁶².

Il richiamo della Corte è particolarmente alla procedura medicalizzata dell’art. 1, commi 4 e 5, della legge, da cui può ricavarsi la «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa chiedere aiuto [al suicidio]»⁶³. Lì si trova la necessità che la persona sia «capace di agire»; che la sua volontà sia acquisita «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» e documentata «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare»; che sia sempre assicurata «la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà», il che, aggiunge la Corte, «nel caso dell’aiuto al suicidio, è insito nel fatto stesso che l’interessato conserva, per definizione, il dominio sull’atto finale che innesca il processo letale»⁶⁴.

Dalla legge si ricava, inoltre, che il medico debba prospettare al paziente «le conseguenze» della sua decisione «e le possibili alternative». Tra queste vi è in primo luogo il coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative, *ex art.* 2 della legge 219: proprio «l’accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita»⁶⁵.

Alle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale la Corte riserva «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio», e la verifica delle «relative modalità di esecuzione», che dovranno essere «tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»⁶⁶.

⁵⁸ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁵⁹ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Corte cost., ord. 207/2018, § 4 *Considerato in diritto*.

⁶¹ Corte cost., sent. 242/2019, § 5 *Considerato in diritto*.

⁶² Nei lavori preparatori della legge n. 219 del 2017, l’introduzione dell’aiuto al suicidio, accanto al lasciare morire, era stata oggetto di specifici emendamenti, poi rigettati. Si vedano i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza Donata Lenzi nella seduta dell’Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017 (su www.camera.it).

⁶³ Corte cost., sent. 242/2019, § 5 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 10 *Considerato in diritto*.

⁶⁴ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁶⁵ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁶⁶ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

La Corte richiede inoltre l'intervento di un organo collegiale terzo, che «possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità», e che, nelle more dell'intervento del legislatore, la Corte individua nei comitati etici territorialmente competenti⁶⁷.

Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, la Corte vi dedica un autonomo punto del Considerato in diritto, benché di sole quattro righe, nel quale dispone che «resta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato», dal momento che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici».

Scegliere se *esaudire la richiesta* del malato *senza alcun obbligo*.

Questo è un passaggio cruciale della decisione, sia perché la Corte si discosta dal «preciso punto di riferimento» normativo che aveva essa stessa assunto – non prevedendo la legge 219 alcuno spazio per l'obiezione di coscienza –, sia e soprattutto perché l'«impellente esigenza di assicurare una tutela effettiva dei *diritti fondamentali*, incisi dalle scelte del legislatore»⁶⁸ mostra di essere solo una maschera, se i supposti “diritti fondamentali” vengono poi degradati a mere “richieste”, sguarniti come sono del corrispondente dovere. È ineludibile: «un diritto non è efficace di per sé, ma solo attraverso l'obbligo cui corrisponde»⁶⁹; se sul medico non ricade il dovere di aiutare medicalmente il paziente a suicidarsi, questi non è titolare di alcun diritto. E non pare che dalla lettura della sentenza si possa trarre la conclusione per cui il singolo medico è libero, ma le strutture pubbliche del servizio sanitario sono invece vincolate a comunque garantire il suicidio medicalmente assistito: in capo ad esse la Corte pone solo oneri di *verifica* delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio, non anche di *esecuzione*.

Il non parlare di “obbligo” o di “dovere” corrisponde alla consapevole scelta della Corte di tacere anche la parola “diritto”. Ma, parafrasando la Corte, “non si vede la ragione per la quale” la stessa persona, a determinate condizioni, possa *rivendicare il diritto* all'interruzione dei trattamenti terapeutici senza possibilità di obiezione di coscienza da parte del singolo medico, e possa invece solo *esprimere una richiesta* di aiuto al suicidio, lasciando al medico la libertà di esaudirla o meno.

E soprattutto “non si vede la ragione per la quale” la Corte abbia dovuto scrivere una sentenza così dirompente sotto molteplici profili, valicando in modo non auspicabile il netto confine tra lasciar morire e aiutare a morire, per poi lasciare nelle mani di persone in condizioni di intollerabile sofferenza fisica o psichica solo la libertà di esprimere una richiesta.

⁶⁷ *Ibidem*, § 5 Considerato in diritto. I Comitati etici territorialmente competenti sono previsti dall'art. 12, comma 10, lettera c, del d.l. n. 158 del 2012 e disciplinati dal decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013, recante *Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici*.

⁶⁸ *Ibidem*, § 4 Considerato in diritto.

⁶⁹ S. Weil, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri dell'uomo* (1943), Roma-Ivrea, Comunità Editrice, 2017, p. 9.

8. Disposizioni transitorie...

In conclusione di sentenza, la Corte si preoccupa di offrire una soluzione giuridica anche per i «fatti anteriormente commessi, come quello oggetto del giudizio *a quo*», per i quali chiaramente le «condizioni procedurali» delineate dalla Corte «non possono essere richieste»⁷⁰.

Riguardo ai fatti anteriori, la non punibilità dell’aiuto al suicidio viene dalla Corte subordinata al fatto che «l’agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti»⁷¹; e dunque che le condizioni di colui che richiede l’aiuto al suicidio «abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico»; che «la volontà dell’interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni»; che «il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all’accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua». Requisiti che sarà il giudice del caso concreto a dover verificare.

9. ... e finali

Le ultime parole della sentenza sono dedicate al legislatore, giacché la Corte ritiene di non poter fare a meno di «ribadire con vigore l’auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»⁷².

Anche se, in ragione del principio di economicità e del legislatore non ridondante, davvero non si vede quale significativo spazio residui alla discrezionalità del Parlamento, a fronte di sì stringenti vincoli posti dalla Corte.

10. Amare conclusioni

Ripercorrendo i passaggi salienti, nella sentenza 242 del 2019, la Corte costituzionale I. ritaglia una circoscritta area di non punibilità dell’aiuto al suicidio, al fine di garantire, al solo malato che si trovi nelle quattro condizioni da essa elencate, la «libertà di autodeterminazione [...] nella scelte delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sof-

⁷⁰ Corte cost., sent. 242/2019, § 7 *Considerato in diritto*.

⁷¹ *Ibidem*, § 7 *Considerato in diritto*.

⁷² *Ibidem*, § 9 *Considerato in diritto*.

ferenze»; libertà che il divieto assoluto di aiuto al suicidio limiterebbe «ingiustificatamente nonché irragionevolmente»⁷³;

II. equipara dunque l'aiuto al suicidio a una “terapia per liberare il malato dalla sofferenza”, la cui scelta rientra nella libertà di autodeterminazione del paziente e nella «relazione tra medico e paziente»⁷⁴;

III. sostiene che la libertà di autodeterminazione irragionevolmente limitata, inclusiva della libertà di morire tramite aiuto al suicidio, “scaturisce” dagli artt. 2, 13, 32.2 Cost., letti in combinato disposto tra loro; non argomenta però questa scaturigine⁷⁵;

IV. ritaglia la circoscritta area di non punibilità del suicidio medicalmente assistito, calando nell'ordinamento giuridico la fedele impronta del caso da cui origina la questione di legittimità costituzionale: si tratta di una *decisione politica*, come evidenzia l'impossibilità di argomentare in modo convincente circa il parametro violato e l'assenza di vincoli costituzionali “a rime obbligate”. Altre vie erano percorribili: a iniziare da quella di non toccare il divieto di aiuto al suicidio, per la diversa qualità giuridica del lasciare morire rispetto all'aiutare a suicidarsi, per finire con il riconoscimento di un diritto universale a morire nel modo più corrispondente alla propria idea di dignità, con il principio di eguaglianza/ragionevolezza a fare da passante tra le molteplici vie intermedie;

V. in diversi passaggi della sentenza, ritiene contrario a Costituzione il divieto assoluto di aiuto al suicidio perché impone, per i pazienti nelle condizioni da essa elencate, «un'unica modalità per congedarsi dalla vita»⁷⁶, impedendo per converso «l'unico modo» per alcuni accettabile «per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto», corrispondente all'aiuto al suicidio⁷⁷. Se ne potrebbe dedurre l'esistenza di un “diritto a morire nel modo più corrispondente alle proprie scelte individuali”; ma tale diritto, benché sotteso alla decisione, non viene mai pronunciato dalla Corte (come pure non viene pronunciato il “diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”, che era sotteso all'ordinanza 207 del 2018);

VI. tace, tra i parametri rilevanti per il giudizio, l'art. 3.1 Cost., anche se il cuore della sentenza è chiaramente un giudizio di ragionevolezza; alimenta in tal modo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che ritiene che il giudizio di ragionevolezza possa ormai prescindere dalla necessità di un appiglio testuale in Costituzione;

VII. sostiene che “non vi è ragione” per la quale una persona in determinate condizioni abbia il diritto costituzionale di rifiutare un trattamento sanitario salvavita e le sia invece precluso decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto al suicidio⁷⁸; ma non

⁷³ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

⁷⁴ *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

⁷⁵ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

⁷⁶ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*.

⁷⁷ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

⁷⁸ *Ibidem*, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

porta argomenti a sostegno dell’irragionevolezza della distinzione né della ragionevolezza dell’equiparazione;

VIII. afferma che il compiuto bilanciamento di una questione che si pone all’incrocio di valori di primario rilievo spetta anzitutto al legislatore⁷⁹; ma considera la disciplina dal legislatore dettata in materia di fine-vita alla stregua di un “vuoto di disciplina”⁸⁰;

IX. di fronte all’inerzia del Parlamento, afferma il suo potere-dovere di agire in sua supplenza; dichiara che “non è a ciò d’ostacolo” la molteplicità delle soluzioni normative pensabili, né l’assenza di rime obbligate discendenti dalla Costituzione⁸¹;

X. afferma di ricavare la nuova disciplina del suicidio medicalmente assistito dalle coordinate presenti nel sistema normativo vigente; ma il sistema vigente aveva escluso che l’aiuto al suicidio potesse essere ricondotto tra le scelte di fine-vita percorribili, e comunque la Corte si discosta dal sistema normativo da lei assunto a riferimento sotto il pregnante profilo dell’obiezione di coscienza⁸²;

XI. dichiara «impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali»⁸³; ma riduce il diritto a morire in modo conforme alle proprie scelte individuali tramite aiuto al suicidio a mera libertà di esprimere una richiesta non vincolante⁸⁴;

XII. auspica che la materia sia oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore; ma lo vincola a legiferare conformemente alla sua sentenza⁸⁵.

Ma – ed è questa l’amara conclusione – perché mai il legislatore dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte costituzionale, traducendo in legge una sua decisione politica? Facendo appello a quale dignità? Certo non la sua.

La preoccupazione per un simile assestarsi dei rapporti istituzionali tra Corte costituzionale e Parlamento è maggiore di quanto le righe di questa nota non consentano di esprimere.

⁷⁹ Corte cost., ord. 207/2018, § 11 *Considerato in diritto*.

⁸⁰ Corte Cost., sent. 242/2019, § 4 *Considerato in diritto*.

⁸¹ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

⁸² *Ibidem*, §§ 4, 5, 6 *Considerato in diritto*.

⁸³ *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

⁸⁴ *Ibidem*, § 6 *Considerato in diritto*.

⁸⁵ *Ibidem*, § 9 *Considerato in diritto*.

Giurisprudenza straniera

Giurisprudenza
straniera

La tutela dell'ambiente come strumento necessario per la protezione dei diritti individuali e il sindacato giurisdizionale sulla sua inadeguatezza*

[Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, causa Cordella e altri c. Italia, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, sent. 24 gennaio 2019]

Luca Geninatti Satè**

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 24 gennaio 2019 (Cordella e altri *contro* Italia) e la differenza fra la necessarietà della tutela dell'ambiente a la sua adeguatezza. – 2. L'orientamento sulla necessarietà della tutela dell'ambiente e la valorizzazione del carattere formale del diritto: (a) la giurisprudenza italiana. – 3. (segue): (b) la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 4. Il sindacato giurisdizionale sull'adeguatezza materiale della tutela ambientale nella sentenza *Cordella c. Italia*.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente scritto rielabora la relazione tenuta dall'Autore ad Alessandria il 10 maggio 2019, in occasione dell'XI Settimana di studi sulle autonomie locali, dedicata a "Regioni, enti locali e ambiente" e promossa dal Dottorato di ricerca in Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza dell'Università del Piemonte Orientale.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale, luca.geninatti@uniupo.it.

1. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 24 gennaio 2019 (Cordella e altri *contro* Italia) e la differenza fra la *necessarietà* della tutela dell’ambiente a la sua *adeguatezza*

La sentenza pronunciata dalla CEDU il 24 gennaio 2019 sui ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15 riafferma, in termini concettualmente più netti, il principio in forza del quale la tutela dell’ambiente costituisce uno strumento *necessario* per la protezione dei diritti individuali. Com’è noto, la sentenza origina da ricorsi nei quali viene sostenuto che gli effetti delle emissioni provenienti dall’Ilva di Taranto sulla salute dei ricorrenti, e sull’ambiente circostante, integrino violazioni dei diritti alla vita, al rispetto della vita privata e a un ricorso effettivo (articoli 2, 8 e 13 della Convenzione).

È bene osservare che esiste una distinzione concettuale rilevante fra (a) il sostenere che la tutela dell’ambiente sia uno strumento *necessario* per la protezione dei diritti umani e (b) lo svolgere un sindacato giurisdizionale sulla *adeguatezza* del livello di protezione dell’ambiente (rispetto alla sufficiente tutela dei diritti umani).

Il principio che afferma la *necessarietà* della tutela dell’ambiente rispetto alla protezione dei diritti umani si limita a sostenere che tutelare l’ambiente significa garantire altri diritti della persona (il diritto alla salute, ma anche il diritto alla vita); il principio che rivendica la sindacabilità in via giurisdizionale della *adeguatezza* della tutela ambientale conduce invece a ritenere che un livello di tutela ambientale ritenuto non adeguato dal giudice non è idoneo a garantire i diritti individuali.

I due principi si fondano su di una diversa concezione della tutela dell’ambiente (rapportata alla protezione dei diritti), perché il primo si radica sulla *necessarietà* della tutela intesa come doverosità giuridica (e dunque porta a sindacare le omissioni legislative, considerate fonti di violazioni dei diritti umani perché lacune rispetto all’obbligo di tutela dell’ambiente, inteso come bene giuridico mediato), mentre il secondo presuppone l’esistenza di un obbligo giuridico positivo di mettere in atto una legislazione di tutela (non quale che sia, ma) adatta alle specificità del caso concreto (e dunque porta a valutare l’adeguatezza degli interventi legislativi, giudicando come omissioni anche gli interventi ritenuti non adeguati).

Questa diversità incide sulla differente valorizzazione che assume, in materia di tutela ambientale, il carattere formale del diritto: nel primo caso, infatti, i criteri per valutare gli interventi normativi restano esclusivamente riconducibili a quanto prescritto dal sistema delle fonti; nel secondo caso, invece, il sindacato giurisdizionale esplora l’adeguatezza dell’intervento legislativo adottando parametri che esorbitano da quel sistema (parametri tecnici, scientifici e, in ogni caso, materiali).

Lo stile espositivo e argomentativo della sentenza “Cordella” oscilla fra le due posizioni, ma i suoi contenuti si attestano sostanzialmente sulla seconda; di qui l’opportunità di sottolineare e ricostruire alcuni passaggi che valgono a differenziare questa pronuncia dall’orientamento su cui essa si fonda.

2. L'orientamento sulla necessarietà della tutela dell'ambiente e la valorizzazione del carattere formale del diritto: (a) la giurisprudenza italiana

Le origini dell'orientamento che qualifica la tutela dell'ambiente come strumento necessario per la tutela dei diritti individuali sono ormai facilmente riconducibili alla transizione dalle storiche pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia diritto all'ambiente come diritto "assoluto" alle sentenze della Corte costituzionale sulla nozione di diritto soggettivo a un ambiente salubre¹.

In particolare, nell'impostazione della Corte costituzionale² il danno ambientale "*costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente*" e quindi il bene "ambiente" va tutelato "*come elemento determinativo della qualità della vita [...] e come valore primario e assoluto*"³, sulla base degli artt. 9, 32, 41 e 42 Cost..

Da questi fondamenti si sviluppa, anche con il supporto della giurisprudenza (specialmente amministrativa), il corollario della necessarietà della tutela ambientale, intesa – come si è detto – come regola giuridica, derivante dal dovere di tutela dei diritti individuali, che impone l'adozione di interventi di protezione dell'ambiente⁴.

Questa impostazione ha progressivamente condotto a elaborare il diritto soggettivo a un ambiente salubre come diritto sociale, e dunque a riconoscere una pretesa positiva, giuridicamente tutelata, a un intervento degli organi statali finalizzato alla promozione della tutela dell'ambiente ("*con ciò sottolineandosi la diretta (e dinamica) corrispondenza del diritto fondamentale a quel sistema di misure di pianificazione, di promozione e di sostegno nei campi della politica economico sociale, della politica della cultura e dell'istruzione, di quella della sanità e della famiglia, che caratterizza il moderno stato sociale*"⁵).

In che termini questo orientamento debba considerarsi fondato sulla valorizzazione del carattere formale del diritto è mostrato efficacemente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi proprio sulle vicende dell'Ilva.

È utile chiarire che con l'espressione "carattere formale del diritto" s'intende (soltanto) indicare quel connotato dei sistemi giuridici positivi che comporta di trattare i fenomeni ritenuti in contrasto con la Costituzione come fenomeni che incidono sulla validità delle

¹ Cass., SS.UU., sent. n. 5172/1979, in *Giur. It.*, 1980, I, p. 859, con nota di S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*.

² Corte cost., sent. n. 210/1987, in *Foro It.*, 1988, I, p. 694, con nota di F. GIAMPIETRO.

³ Corte cost., sent. n. 641/1987, in *Riv. Giur. Amb.*, 1988, p. 93, con nota di A. POSTIGLIONE.

⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5795; T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 agosto 2004, n. 29; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2002, n. 2441; nella giurisprudenza di merito, v. Cass., SS.UU., 31 gennaio 2002, n. 3798.

⁵ L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, Cedam, 2001, p. 130.

norme secondo modalità esclusivamente riconducibili a quanto prescritto dal sistema delle fonti.

Questo carattere del diritto si fonda, normalmente, sulla massima valorizzazione della coerenza della disciplina giuridica, tendendo a escludere che un fenomeno rispettoso di una fonte normativa possa simultaneamente essere in contrasto con un'altra⁶ e riducendo così le questioni di legittimità costituzionale ai problemi di incoerenza che una legge eventualmente generi rispetto al sistema.

Nella nota sentenza n. 85/2013 la Corte costituzionale ha esaminato la questione se un'attività che si svolga conformemente al provvedimento autorizzativo che la facoltizza possa comunque violare (altre) disposizioni normative (e, dunque, se prescrivere la conformità dell'attività all'autorizzazione che ne consente l'esercizio sia garanzia sufficiente per la tutela dei diritti).

Come si è già cercato di dimostrare⁷, ammettere che un'attività conforme alla propria autorizzazione amministrativa non possa essere in contrasto con altre norme non significa di per sé stabilire una presunzione assoluta circa la sua legittimità, ma comporta di ricondurre i problemi di illiceità dell'attività ai vizi di illegittimità dell'atto che la autorizza, escludendo perciò che un'attività rispettosa dell'atto con cui è stata autorizzata sia lesiva di beni tutelati tutte le volte in cui l'atto autorizzativo sia esso stesso legittimo.

Questa struttura del sindacato giurisdizionale si fonda su di un (presupposto) carattere "chiuso" del sistema, perché riconduce i contrasti tra condotte e norme a conflitti tra atti e norme, escludendo quindi i parametri di sindacato diversi da quelli riconducibili al sistema degli atti amministrativi e normativi.

Così impostata, la necessità della tutela ambientale, come strumento per la protezione dei diritti individuali, comporta che la verifica sul rispetto dell'obbligo giuridico di protezione ambientale si traduca (*i*) nel giudizio sull'esistenza di interventi normativi protettivi e (*ii*) nel giudizio sulla legittimità dei provvedimenti autorizzativi.

In ciò la questione rimanda al carattere formale del diritto: valorizzare questo carattere comporta di ricondurre il contrasto materiale fra una condotta autorizzata e un bene protetto alla eventuale violazione da parte dell'atto autorizzativo nei confronti delle norme protettive di quel bene.

⁶ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, tomo 2, Milano, Giuffrè, 1980, p. 360.

⁷ L. GENINATTI SATÈ, "*Caso Ilva*": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in *Forumcostituzionale.it*, 16 maggio 2013; la pronuncia è stata oggetto di numerosi commenti (molti dei quali critici), fra i quali rilevano, in particolare, V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 1494 ss.; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, *ivi*, pp. 1498 ss.; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, *ivi*, pp. 1505 ss.; G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, *ivi*, pp. 1511 ss.; M. MEZZANOTTE, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rass. parl.*, 2013, n. 3, pp. 669 ss.

Ciò implica, a propria volta, lo spostamento delle valutazioni circa la lesività materiale di una condotta sul piano della validità dei provvedimenti che la facoltizzano, il che significa giudicare la legittimità dei fenomeni esaminando la conformità degli atti che li autorizzano alle rispettive fonti sulla produzione.

Assumere come atteggiamento dogmatico il carattere formale del diritto conduce quindi a riconoscere il carattere chiuso dei sistemi giuridici, e perciò a riportare i conflitti tra condotte e norme a conflitti fra atti e norme, e alla conseguente necessità di risolvere questi ultimi conflitti attingendo unicamente alle regole che l'ordinamento ha predefinito per risolvere le antinomie fra gli atti normativi.

Questa impostazione estromette perciò tutti i giudizi fondati su criteri diversi da quelli che il sistema delle fonti ha stabilito per garantire la propria coerenza interna, individuando nella verifica sulla validità degli atti normativi (intesa come conformità di essi alle proprie fonti sulla produzione) l'unico strumento per il controllo della legittimità delle condotte. In questo solco la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 85/2013, ha potuto ad affermare che un'attività conforme al proprio provvedimento autorizzativo (non dichiarato illegittimo) non può considerarsi lesiva dell'ambiente senza con ciò svolgere un sindacato sull'adeguatezza materiale della tutela: la Corte ha assunto infatti che l'autorizzazione ambientale sia, nel sistema delle fonti, atto costitutivamente preposto alla tutela dell'ambiente, con la conseguenza che l'attività che si svolga conformemente ad essa non può considerarsi (nemmeno potenzialmente) lesiva dell'ambiente, poiché questa conclusione determinerebbe una incongruenza non ammessa dal sistema.

È dunque sulla valorizzazione del carattere formale del diritto, e sulla conseguente natura chiusa dell'ordinamento, che la Corte, in quella pronuncia, ha rinvenuto la sufficiente garanzia per la tutela dell'ambiente da parte della normativa esaminata: questa normativa, infatti, inserisce il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente “*nel contesto normativo di riferimento*”, contesto che (usando le parole della Corte) “*non azzera e neppure sospende il controllo di legalità, ma lo riconduce alla verifica dell'osservanza delle prescrizioni di tutela dell'ambiente e della salute contenute nell'AIA riesaminata*”.

È quindi nel sistema chiuso degli atti normativi che devono necessariamente rinvenirsi le soluzioni ai dubbi sulla liceità delle condotte, che non possono venire valutati secondo parametri assiologici esterni, ma devono essere risolti attraverso i criteri che stabiliscono la validità degli atti normativi.

Nella giurisprudenza costituzionale successiva al 2013, ancora sulla vicenda Ilva, questa impostazione non è smentita, come alcuni hanno ritenuto⁸: piuttosto, com'è stato pun-

⁸ R. De VITO, *La salute, il lavoro, i giudici*, in www.questionegiustizia.it, 24 marzo 2018; G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, *ivi*, 10 aprile 2018; in termini più dubitativi, S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta Online*, 23 luglio 2018.

tualmente dimostrato⁹, è stata la “*dimensione temporale del bilanciamento legislativo*” a indurre la Corte a un pronunciamento di illegittimità, e questo conferma che il tema della valorizzazione del carattere formale del diritto resta persistentemente sotteso.

In effetti, nella sentenza n. 58/2018 la Corte costituzionale ha utilizzato nuovamente la tecnica del bilanciamento, già discusso dai commentatori della precedente pronuncia del 2013.

Nella decisione più recente emerge l'uso del bilanciamento (inteso come tecnica impiegata per produrre la norma parametro attraverso l'attribuzione di significati specifici a enunciati costituzionali contenenti principi) nella forma dell'individuazione della “ottima proporzione”.

In forza di questo procedimento, la Corte individua la migliore proporzione possibile fra due principi (cui sono ricondotte le disposizioni oggetto della questione) che appaiono in conflitto; l'individuazione di questo punto di equilibrio consegue alla assunzione da parte della Corte: di uno tra i tanti possibili criteri di giustizia, i quali, come ha dimostrato Kelsen¹⁰, rinviano tutti – tranne quello della carità – a ordinamenti di valori e di preferenze la cui esistenza è presupposta e accettata da chi utilizza il criterio; di uno specifico significato attribuito, a fronte del caso concreto, a quel principio.

Sulla base di questo specifico significato attribuito ad un particolare principio di giustizia – e cioè sulla base di una “doppia preferenza” che individua il criterio di giustizia concreto idoneo a risolvere il conflitto – la Corte attribuisce alle disposizioni costituzionali che costituiscono i poli del conflitto medesimo, i significati idonei a risolverlo.

Nel caso dell'ottima proporzione, si dichiarano incostituzionali tutti i significati delle disposizioni che non coincidono con quello che esprime tale puntuale equilibrio e la Corte, ricorrendo alla tecnica del bilanciamento, opera il bilanciamento medesimo come se consistesse nell'applicazione di una norma parametro individuata attraverso l'interpretazione delle disposizioni in conflitto.

Nella sentenza n. 58/2018, in particolare, la Corte stabilisce che “*il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita*”.

Questo giudizio emerge in relazione al fatto che la norma oggetto della questione esaminata consente la prosecuzione dell'attività d'impresa subordinandola soltanto all'adozione di un atto unilaterale dell'azienda, i cui contenuti non sono oggetto di alcuna elaborazione partecipata con “altri soggetti pubblici o privati”, senza che i contenuti del piano previsto siano “*parametrati a prescrizioni e obiettivi necessari a ripristinare condizioni di sicurez-*”

⁹ D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti Supreme Salute*, 2018, pp. 193 ss.

¹⁰ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, 1960, tr. it. Torino, Einaudi, 2000.

za degli impianti, come invece avrebbe potuto disporsi con specifiche indicazioni o almeno con rinvio alla normativa in materia”¹¹.

È dunque la mancanza di una “infrastruttura procedurale”¹² a rendere le disposizioni impugnate contrarie all’ottima proporzione frutto del bilanciamento, il che dimostra come il giudizio di legittimità della Corte abbia assunto a parametro criteri esclusivamente interni al sistema normativo, astenendosi da valutazioni materiali di adeguatezza delle misure di tutela ambientale e censurando, invece, il difetto che queste misure presentano rispetto alla necessaria coerenza con gli (altri) atti formali che compongono l’ordinamento.

Infatti “è proprio a causa dell’omessa previsione di questo quadro regolatorio, non solo della condotta dell’azienda ma delle forme stesse della tutela amministrativa cui rimettere gli interessi alla cui lesione aveva reagito l’autorità giudiziaria in forza della legge penale, che il legislatore del 2015 «ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)»”¹³; dunque, l’illegittimità delle norme contestate è frutto di un giudizio ancorato al carattere formale del diritto, perché è risolta esclusivamente sulla base di criteri interni al sistema degli atti normativi.

3. (segue): (b) la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

Nella parte in cui la Corte costituzionale ammette (nella sentenza n. 85/2013) che sia “*lecita la continuazione dell’attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro, a condizione che vengano osservate [...] le regole che limitano, circoscrivono e indirizzano la prosecuzione dell’attività stessa*”, e quindi correlativamente esclude (nella sentenza n. 58/2018) che, in pendenza di un sequestro preventivo, l’attività d’impresa possa continuare senza alcuna regola (e in attesa di un “piano” unilaterale, predisposto dall’azienda stessa, che quindi nemmeno risulta adottato), essa non si discosta dall’orientamento assunto dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, laddove si sanziona l’Italia per non avere “*adottato le misure necessarie affinché le autorità competenti controllino, attraverso autorizzazioni rilasciate a norma degli artt. 6 e 8 della direttiva IPPC, ovvero, nei modi opportuni, me-*

¹¹ D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull’Ilva di Taranto*, cit., p. 200.

¹² *Ivi*, p. 201.

¹³ *Ibidem*.

diante il riesame e, se del caso, l'aggiornamento delle prescrizioni, che gli impianti esistenti ai sensi dell'art. 2, punto 4, di tale direttiva funzionino secondo i requisiti di cui agli artt. 3, 7, 9, 10, 13, 14, lett. a) e b), e 15, n. 2, della medesima¹⁴.

Anche in questo caso, infatti, la giurisprudenza si mantiene sul piano del controllo formale, sindacando l'assenza di regole parametro attraverso le quali sia consentito verificare che lo svolgimento delle attività produttive sia conforme alle prescrizioni ambientali.

Non è dunque in discussione – nuovamente – l'efficacia e l'adeguatezza materiale delle misure di tutela, ma l'esistenza in sé di criteri normativi che permettano di controllare, attraverso un confronto formale fra le caratteristiche dell'attività svolta e le prescrizioni regolamentari, la conformità delle prime alle seconde.

La giurisprudenza della CEDU compie un percorso diverso.

Le pronunce degli anni novanta in cui si esclude che l'art. 8 della Convenzione (come qualsiasi altra norma di essa) siano specificamente diretti ad apprestare una protezione generale dell'ambiente contribuiscono ad affermare il principio in forza del quale se una condotta, attraverso la lesione dell'ambiente, conduce alla violazione di un diritto umano, allora può ritenersi integrata una violazione della Convenzione; se invece la medesima condotta si limita a compromettere l'ambiente, senza che sia dimostrata la lesione del benessere (o, addirittura, della vita) dei ricorrenti, allora la violazione non sussiste¹⁵.

Questa impostazione consente letture secondo le quali (i) sono possibili compromissioni dell'ambiente che non si traducano in lesioni dei diritti tutelati dalla Convenzione, e dunque (ii) non qualsiasi compromissione ambientale determina, di per sé, una lesione di tali diritti, con la conseguenza (iii) che non si può affermare in via generale che la protezione dell'ambiente sia uno strumento *necessario* per la tutela dei diritti individuali, poiché ciò può non valere in tutti i casi in cui proteggere l'ambiente non equivalga a tutelare un diritto garantito dalla Convenzione.

A partire, dai casi Lopez Ostra c. Spagna (sentenza del 6 dicembre 1994) e Guerra e altri c. Italia, (sentenza del 19 febbraio 1998), si riconosce un diritto inviolabile ad un ambiente salubre privo di inquinamento e rispettoso dalla salute.

¹⁴ CGUE, 31 marzo 2011, in causa C-50/2010.

¹⁵ Cfr., p.e., Kyratos c. Grecia, n. 41666/1998. In argomento, G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?*, in *Amb. e Dir.*, 1999; V. STARACE, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, pp. 259 ss.; L. WILDHABER - J. DARCY, *European Court Of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2006, p. 1183; S. NEGRI, *Interpreting the European Convention on Human Rights in Harmony with International Law and Jurisprudence: what Lessons from Ocalan Vs Turkey*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2005, pp. 243 ss.; A. GALINSOGA, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2007, pp. 1501 ss.; V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva, Il nuovo diritto penale ambientale*, 2018, pp. 259 ss.; N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Dir. e gest. dell'amb.*, 2001; M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997.

Con tali pronunce si afferma quindi l'esistenza di un obbligo positivo a carico dello Stato, il quale non è più tenuto unicamente ad adottare misure idonee a far cessare o ridurre l'inquinamento, ma anche a fornire alla popolazione interessata le rilevanti informazioni sui gravi rischi a cui viene esposta per effetto della vicinanza alla fonte di pericolo.

Successivamente, nel caso *Öneryildiz c. Turchia* (sentenza della Grande Camera del 20 novembre 2004) la Corte di Strasburgo ricorre all'art. 2 Cedu per affermare la protezione del diritto alla vita in relazione ad una situazione di inquinamento ambientale, estendendo al diritto ambientale la propria giurisprudenza pregressa elaborata in relazione all'obbligo positivo a carico dello Stato di prendere tutte le misure necessarie per proteggere la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. Secondo la Corte, inoltre, "*tale obbligo deve essere interpretato come valevole nel contesto di tutte le attività pubbliche o non, suscettibili di costituire un pericolo per il diritto alla vita*".

Con la sentenza *Fadeyeva c. Russia* (9 giugno 2005) si compie un passaggio cruciale, perché la Corte rileva che le Autorità non avevano compiuto alcuna azione per attenuare i rischi di coloro che vivevano nella zona inquinata, omettendo di operare un corretto bilanciamento tra gli interessi della comunità e quelli della ricorrente al rispetto effettivo del suo diritto ad una casa ed alla vita privata¹⁶.

Si afferma, dunque, la sussistenza di una violazione dell'art. 8 nei casi in cui le Autorità nazionali non abbiano adempiuto gli obblighi positivi finalizzati alla tutela della salute degli abitanti di una zona residenziale afflitta da emissioni gassose nocive provenienti da un impianto industriale privato (e si comincia a menzionare l'obbligo per il Governo di fornire una "*soluzione effettiva*" alle esigenze della ricorrente, ammettendo così l'ingresso, nell'argomentazione a sostegno del sindacato giurisdizionale, di criteri anche esterni rispetto al sistema chiuso degli atti normativi)¹⁷.

4. Il sindacato giurisdizionale sull'adeguatezza materiale della tutela ambientale nella sentenza *Cordella c. Italia*

Nella sentenza *Cordella e altri c. Italia* il percorso vira nettamente verso l'affermazione di un obbligo giuridico positivo di porre in essere una legislazione di tutela ambientale *adatta alle specificità* del caso concreto.

¹⁶ Cfr. P. FIMIANI, *Inquinamento ambientale e diritti umani*, in *Quest. Giust.*, 2019, pp. 376 ss.

¹⁷ In argomento, F. KLUG, *Human rights and victims*, in E. CAPE (ed.), *Reconcilable rights? Analyzing the tensions between victims and defendants*, London, 2004, pp. 8 ss.; B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2007, pp. 74-784; J. DOAK, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford-Portland, Oregon, pp. 39 ss.; P. LONDONO, *Positive Obligations, Criminal Procedure and Rape Cases*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 2, 2007, pp. 159 ss.

La Corte, nella sentenza, chiarisce di non avere il compito di determinare precisamente le misure che sarebbe stato necessario adottare, *ma* constata che le Autorità italiane hanno omesso di adottare le misure necessarie per assicurare una “*protezione effettiva*” del diritto al rispetto della vita privata, integrando così una violazione dell’art. 8 della Convenzione. Questa impostazione amplia inevitabilmente il *thesaurus* dei parametri del sindacato di giurisdizionalità e, soprattutto, li modifica qualitativamente, perché s’introduce nel sindacato un insieme di criteri che attengono all’adeguatezza materiale della tutela (e non più alla mera conformità formale dell’attività svolta alle norme che la disciplinano).

L’apertura del sistema degli atti normativi a questi criteri materiali comporta che il principio della necessità della tutela ambientale come strumento per la protezione dei diritti umani si estende a comprendere quello della tutela necessariamente efficace, ossia a una verifica in concreto circa il fatto che le misure introdotte dagli ordinamenti siano idonee a garantire la protezione dei diritti individuali.

Si possono prospettare varie implicazioni di questo principio, non tutte facilmente governabili.

In primo luogo, la possibilità di una sovrapposizione del sindacato di effettività a quello di legittimità, e dunque della sostituzione della Corte alle valutazioni di idoneità della tutela normalmente proprie del legislatore.

In secondo luogo, le criticità che tipicamente affliggono le prognosi postume, e dunque la possibilità che, in ragione di un giudizio di idoneità formulato sulla base di un ricorso che lamenta la compromissione del diritto a un ambiente sano, si sostenga l’inadeguatezza *ex se* della misura adottata dallo Stato, seguendo la *petitio principii* per la quale, se la misura adottata fosse stata idonea a garantire il diritto, non si sarebbe verificata la sua lesione.

Infine, l’introduzione nel sindacato di adeguatezza di parametri non semplicemente riconducibili a un sistema, discussi nella loro attendibilità scientifica e non strutturati secondo relazioni gerarchiche, in pregiudizio della prevedibilità, controllabilità e condivisibilità del sindacato stesso.

Lo sforzo della Corte Europa di introdurre nel sindacato di adeguatezza delle misure di tutela ambientale è chiaramente rivolto a garantire una protezione dei diritti effettiva, evitando che la mera adozione di misure *soi-disant* preordinate alla tutela dell’ambiente possa escludere la violazione di un diritto tutte le volte in cui tali misure non raggiungano, in realtà, questo obiettivo.

Tuttavia: (a) l’abbandono del carattere formale del diritto, (b) la rinuncia a risolvere i fenomeni ritenuti in contrasto con l’ordinamento come fenomeni che incidono sulla validità delle norme secondo modalità esclusivamente riconducibili a quanto prescritto dal sistema degli atti normativi e (c) l’adozione di un’impostazione che tende a considerare i conflitti tra condotte e norme come conflitti tra condotte e concezioni assiologiche sono tutti fenomeni che possono rendere ulteriormente complicato il sindacato giurisdizionale sull’adeguatezza delle misure di tutela ambientale.

Délier la parole constitutionnelle de la fin de vie : enjeux et perspectives de l'affaire Vincent Lambert*

[Conseil d'Etat, ordonnance du 24 avril 2019, n° 428117]

Fanny Jacquelot**

RÉSUMÉ: I. Une décision médicale légalement fondée. – A. Le respect des exigences procédurales. – B. L'adéquation avec la volonté reconstituée du patient. – II. Un dispositif législatif partiellement constitutionnalisé. – A. L'exclusion du droit à la vie. – B. L'absence du droit à la protection constitutionnelle de la santé.

L'évolution des connaissances médicales a sensiblement repoussé la fin de vie du patient bien au-delà de sa propre résistance physiologique. Les Etats sont ainsi confrontés à la nécessité de déterminer, au prix de choix éthiques et philosophiques forts, les conditions dans lesquelles la mort peut arriver de manière acceptable. Si aucun système n'est allé jusqu'à reconnaître, de manière inconditionnée, au patient le droit de choisir son « propre destin biologique »¹, les dispositifs varient d'un Etat à un autre. De surcroît, ceux-ci sont en permanence modulés et sans cesse questionnés.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Maître de conférences-HDR en Droit public, Faculté de Droit, Université Jean Monnet, Saint-Etienne.

¹ C. CASONATO, *Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'Aloia (dir.), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

En Belgique (2002) ou encore au Luxembourg (2009), le législateur a ainsi fini par permettre l'aide au suicide voire l'euthanasie. En Allemagne et en Italie, les Cours constitutionnelles ont été saisies de recours visant à remettre en cause la constitutionnalité de lois interdisant de telles pratiques ². *A contrario*, aux Pays-Bas, premier pays au monde à avoir légalisé l'euthanasie en 2001, naissent des contentieux qui interrogent sur le maintien de tels dispositifs. Ainsi, le 11 septembre 2019, la justice néerlandaise a été conduite à se prononcer sur la responsabilité d'un médecin soupçonné d'avoir euthanasié une patiente sans avoir suffisamment pris la mesure du consentement de celle-ci ³.

En France, l'euthanasie et le suicide assisté n'ont pas été introduits par le législateur. Est à ce jour rejetée l'idée selon laquelle le corps médical pourrait abrégé intentionnellement la vie d'un patient atteint d'une pathologie incurable. Ce qui est prévu, par les lois *Leonetti* de 2005 ⁴ et *Clayes Leonetti* de 2016 ⁵, c'est la possibilité d'adopter une décision médicale portant arrêt des traitements ou des soins. Cela n'a donc pas pour conséquence directe de mettre fin à la vie du patient, mais seulement de permettre au médecin de « se retirer lorsqu'il n'y a plus rien à faire » ⁶.

C'est l'hypothèse de l'obstination déraisonnable, visée par l'article L. 1110-5-1 ⁷ du Code de la santé publique. Celui-ci implique de suspendre ou ne pas entreprendre les traitements considérés comme « inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie ». Dans de tels cas de figure, le médecin peut décider d'entamer une procédure destinée à évaluer la possibilité d'adopter une décision d'arrêt des traitements ou des soins. Ici, il n'y a pas d'intention de provoquer la mort mais seulement de laisser l'état du patient évoluer pour son propre compte.

Pour ce faire le législateur a tranché une question hautement polémique en décidant que « la nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés » ⁸. C'est d'ailleurs en ce sens également que la Cour de cassation italienne a statué dans un arrêt *Englaro* n°21748 de 2007 expliquant que ces éléments constituent un traitement en part entière dans la mesure où ils sous-tendent un « savoir scientifique », qu'ils sont réalisés sur prescription médicale avec à l'appui « des procédures technologiques » (§ 7.6). En d'autres termes, comme cela a été souligné, il ne s'agit pas, dans ce cas,

² La Cour constitutionnelle allemande a été saisie en avril 2019 ; pour l'Italie, voir Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n° 207 de 2018 et déc. n° 242 de 2019.

³ Le médecin en cause a été acquitté en première instance. Mais l'affaire devrait faire l'objet d'un appel de la part du parquet.

⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁵ La loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des personnes malades et des personnes en fin de vie.

⁶ R. KELLER, rapporteur public, in *Revue française de droit administratif*, 2014, p. 657.

⁷ Tel qu'issu de la loi n°2016-87 du 2 février 2016.

⁸ Sur ce point, voir notamment, A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Fin de vie: l'éternel mythe d'Asclépios*, Paris, Dalloz, 2016, p. 472.

d'envisager les notions de thérapie ou de soins dans une acception abstraite mais d'y voir « l'exercice d'un savoir clinique »⁹.

Le droit est donc entré dans l'escarcelle du médical mettant fin à la discrétionnalité, voire à la discrétion, du praticien pour le conduire directement... devant le prétoire du juge¹⁰. Tel a été le cas de la décision médicale prise, en 2018, à l'endroit de Vincent Lambert, ayant pour objet d'arrêter l'hydratation et de l'alimentation dont il était l'objet depuis son accident survenu dix ans plus tôt (en 2008). Cette décision n'était, en réalité, que la réitération de plusieurs décisions analogues, dont la première avait été adoptée dès 2013¹¹. Mais aucune d'elles n'avaient pu être appliquées du fait de la multiplication des contentieux qui ont jalonné la fin de vie de Vincent Lambert. Certains membres de sa famille (en particulier ses parents) ont, en effet, mis en œuvre tout de qui était juridictionnellement possible pour le maintenir en vie. S'il avait pu exprimer sa volonté, les événements auraient été tout autre, et d'ailleurs il n'y aurait pas eu d'« affaire Lambert »¹².

L'affaire Lambert est, en effet, celle d'une parole qui n'est plus en mesure d'être prise et qui ne l'a pas non plus été dans le passé par l'intermédiaire de consignes ou de directives anticipées. La valse des décisions de justice, des recours, des appels, des pourvois en cassation, des recours devant le juge européen des droits de l'homme, voire devant le comité international des personnes handicapées, en passant par le médiateur de la République¹³, n'est autre que l'illustration du silence assourdissant de ce patient dont l'état se dégrade pour être considéré, en dernier lieu par les médecins, comme relevant d'un état végétatif irréversible.

C'est au Conseil d'Etat qu'est revenu la charge de statuer, *in fine*, sur la décision médicale d'arrêt des traitements de Vincent Lambert¹⁴. Nombre de discussions ont alors entouré son office. Afin de ne pas déborder de la place qui est la sienne dans le système juridique et ne pas s'immiscer dans des choix de société qu'il ne lui appartient pas de prendre, le juge administratif s'en est donc tenu au strict contrôle de la légalité. Cela l'a conduit à valider la décision médicale d'arrêt des traitements. Mais pour cela, il a dû le faire à deux reprises, en 2014¹⁵ et en 2019¹⁶, avec des décisions quasiment analogues (I). Preuve que

⁹ N. VICECONTE, *L'ultima tessera del domino: il "caso Englaro" è chiuso*, in *Corti supremi e salute*, 2018, n. 1, p.85.

¹⁰ Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi du 2 février 2016, l'hypothèse avait été émise d'exclure du champ contentieux la décision médicale du médecin (compte-rendu des débats- discussion du 11 mars 2015).

¹¹ Le docteur Karinger, le premier médecin en charge du patient au sein du CHU de Rheims, a décidé le 10 avril 2013 d'arrêter l'alimentation du patient ainsi que son hydratation.

¹² D. TRUCHET, *L'affaire Lambert. A propos de l'arrêt du CE du 14 février 2014*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2014 p. 1669.

¹³ E. FAVEREAU, *L'affaire Lambert au bout de l'acharnement judiciaire*, in *Dalloz actualité*, 9 janvier 2015; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Chronique d'une mort dénoncée*, Paris, Dalloz, 2019, p. 1458 ; A.-M. LEROYER, *Fin de vie: l'indignité procédurale*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 552.

¹⁴ Sur ce point, voir: D. VIGNEAU, *L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2014, p. 1856.

¹⁵ CE, arrêt du 24 juin 2014, n° 375090 et 375091.

¹⁶ CE, ordonnance du 24 avril 2019, n° 428117.

la voix du juge administratif n'a eu qu'une portée limitée. L'explication peut être trouvée dans la constitutionnalisation incomplète du dispositif législatif qu'il avait à appliquer. En effet, les différentes lois relatives à la fin de vie n'ont été irriguées que par une partie des droits fondamentaux potentiellement applicables. Aussi, la décision médicale a manqué d'un certain éclairage constitutionnel pour prendre tout son sens (II).

I. Une décision médicale légalement fondée

Le chemin vers le contrôle de légalité est escarpé tant il repose sur la notion d'« obstination déraisonnable » qui n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence. Le juge administratif¹⁷ a ainsi choisi d'en faire l'objet d'une démonstration qui repose sur la bonne mise en œuvre d'une procédure spécifique (A) et la reconstitution de la volonté du patient (B).

A. Le respect des exigences procédurales

Comme l'affirmait le rapporteur public Rémi Keller, il n'est pas demandé au juge de dire si la vie de Vincent Lambert vaut la peine d'être vécue¹⁸. En d'autres termes, il n'est pas possible de juger, *ex nihilo*, si « obstination déraisonnable » il y a. En revanche, le juge peut la matérialiser au travers de la preuve de l'existence d'une conviction qui se forge au fil d'une procédure essentiellement prévue par la loi. Ainsi, le juge fait-il de la procédure le moteur du processus censé guider le choix du médecin en charge du patient.

Telle est la lucarne au travers de laquelle filtre la lumière du contrôle juridictionnel de la décision médicale d'arrêt des soins ou des traitements. Et cela vaut, comme le souligne le Conseil d'Etat dès sa décision du 14 février 2014¹⁹, que le patient soit ou non en fin de vie. Le juge doit donc remonter le courant de la procédure fixée par le code de déontologie médicale et le code de la santé publique pour faire ressortir les ressorts de la conviction médicale.

Pour autant, ce contrôle juridictionnel de type procédural est susceptible de toucher rapidement ses limites en fonction des griefs soulevés par les parties. En effet, si toutes les procédures diligentées par les différents médecins en charge de Vincent Lambert ont été contestées, elles n'ont pas eu la même portée. Ainsi, le recours engagé à l'encontre de la première procédure collégiale ayant donné lieu à la décision médicale du 10 avril 2013 n'a touché que des questions strictement organisationnelles liées au défaut de consulta-

¹⁷ Sur le rapport entre l'affaire Vincent Lambert et le juge, voir, en particulier : P. DEUMIER, *L'affaire Lambert ou ce que les cas difficiles font aux décisions de justice*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 543 ; J. MUCCHIELLI, *Affaire Lambert: Le devoir du magistrat est de ne pas décider au regard de son interprétation personnelle*, in *Dalloz actualité*, 25 juin 2019.

¹⁸ A ce propos, voir en particulier, X. BROY, *Mort à jamais? Qui peut le dire?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1168; G. ODINET, S. ROUSSEL, *La part du médecin et la part du juge*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017, p. 1887; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Entre la vie et la mort: juger la fin de vie*, in *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 413.

¹⁹ CE, Ass. 14 février 2014, n° 375081.

tion de certains proches de Vincent Lambert ²⁰. Pour le reste, d'ailleurs, il a été relevé que le médecin en charge de Vincent Lambert était même allé au-delà des exigences posées, à l'époque, par l'article R. 4217-37 du Code de la santé publique. Alors qu'il ne devait consulter qu'un seul médecin voire deux, celui-ci en a convoqué six. De plus, lors de la réunion organisée avec les proches de Vincent Lambert, le médecin avait accepté que les parents de ce dernier sollicitent deux médecins au lieu d'un seul.

A côté de ce recours purement technique, les autres ont pris une dimension toute autre. Ils se sont focalisés sur un vice de procédure bien particulier, à savoir l'inadéquation entre la décision médicale et le résultat de la consultation des professionnels de santé. Ce qui a eu pour effet de placer le juge en position de se substituer à l'appréciation faite par le médecin en charge du patient.

Cela a été, tout particulièrement le cas pour la procédure engagée en 2013 et ayant abouti à la décision médicale du 11 janvier 2014 qui prévoyait une nouvelle interruption progressive des soins. Saisi en référé, le tribunal administratif, par une ordonnance du 16 janvier 2014 ²¹, a suspendu l'application de cette décision. Pour lui, le rapport médical de 2011 établi par le Coma Science Group du Centre hospitalier universitaire de Liège ne permettait pas de faire naître la conviction d'une obstination déraisonnable. Le juge a donc credité le médecin en charge de Vincent Lambert.

Le Conseil d'Etat, saisi en appel de cette ordonnance, a toutefois considéré que la seule lecture dudit rapport ne suffisait pas pour effectuer le contrôle juridictionnel de la décision médicale. L'appréhension de toutes les dimensions de la procédure doit résulter certes d'une étude minutieuse mais surtout éclairée. C'est pourquoi la Haute instance a-t-elle choisi de dédier une instance à la seule mise en place d'un programme d'expertise avec la désignation d'un comité de trois médecins spécialistes de neurosciences ²² et de la convocation *d'amicus curiae* issus de l'Académie nationale de médecine, du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil national de l'Ordre des médecins ²³. Ceux-ci avaient pour mission de présenter au Conseil d'Etat des observations sur « l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie ».

En ce qui concerne tout particulièrement les experts, la décision du 14 février 2014 ²⁴ les notamment a chargés de « décrire l'état clinique actuel » du patient et son évolution depuis

²⁰ TA Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, n° 1300740, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, 1842, étude F.-X. Bréchet.

²¹ TA Châlons-en-Champagne, 16 janvier 2014, M. Pierre L. et autres c. CHU de Reims, n° 1400029.

²² Ce collège de trois médecins a été désigné par le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat sur proposition, du président de l'Académie Nationale de médecine, du président du Comité consultatif national d'éthique et du président du Conseil national de l'Ordre des médecins.

²³ Pour le Conseil d'Etat, cette affaire soulevait « des questions d'ordre scientifique, éthique et déontologique » qui nécessitaient également de convoquer des personnalités éminentes sur ces aspects afin de recueillir leurs observations.

²⁴ CE, décision du 14 février 2014, n° 375081.

2011 » et de « se prononcer sur le caractère irréversible des lésions cérébrales... et sur le pronostic clinique ».

On relève ici que la mobilisation de l'expertise a permis au Conseil d'Etat de faire intervenir un tiers au contrôle juridictionnel de la procédure dont est censée émaner la conviction de l'existence ou non d'une obstination déraisonnable. Ce tiers garantit d'ailleurs la nécessaire dissociation entre l'office du juge et le processus d'adoption de la décision médicale en tant que telle. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 24 juin 2014, a ainsi bien expliqué que c'est la concordance entre les conclusions des experts et celle du médecin en charge du patient qui l'a conduit à prendre acte de l'irréversibilité de l'état de Vincent Lambert. C'est la raison pour laquelle, la Haute instance a préconisé que désormais le recours à l'expertise soit un réflexe du juge du référé-liberté qui exerce ici « ses pouvoirs de manière particulière »²⁵.

C'est d'ailleurs ainsi qu'a procédé, plus tard, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en 2018. Alors que le Conseil d'Etat avait considéré dans son arrêt du 24 juin 2014 que la décision médicale du 11 janvier 2014 « ne pouvait être tenue pour illégale », celle-ci n'a pas pu recevoir application du fait de nouveaux recours contentieux. Finalement, une nouvelle procédure collégiale a pu être engagée sur le fondement de l'article R. 4127-37-2 du Code de la santé publique. Et comme par le passé, la décision médicale (du 9 avril 2018) qui en est ressortit, toujours favorable à l'arrêt des soins, a été contestée en référé-liberté. Le juge administratif, suivant les préconisations du Conseil d'Etat en statuant en formation collégiale de trois juges et en désignant un collègue d'experts, a rejeté la requête²⁶. Saisi en appel, le Conseil d'Etat, par une ordonnance du 24 avril 2019 (n° 428117) a suivi le premier juge en considérant que les nouvelles expertises qu'il avait ordonnées corroboraient celles de 2014 en ce qu'elles présentaient le patient comme étant dans « un état végétatif chronique de profondeur stable ».

C'est donc bien l'expertise qui a permis au juge d'apprécier la procédure destinée à faire émerger l'existence ou non d'une obstination déraisonnable. Cette expertise relève ainsi pleinement de l'office du juge. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé, dans son ordonnance du 24 avril 2019, que les requérants « ne sauraient utilement critiquer le choix des experts qui relève du pouvoir d'appréciation du juge qui les a désignés ».

Toutefois, et comme en 2014, le Conseil d'Etat souligne en 2019 que les seuls éléments médicaux ne sauraient suffire à caractériser l'obstination déraisonnable. Il convient égale-

²⁵ Cela résulte en particulier des préconisations faites par le Conseil d'Etat lors de son arrêt du 24 juin 2014, *Mme Lambert et autres*, nn° 375081, 375090, 375091. Et cela a été expressément réitéré dans le corps même de la décision du Conseil d'Etat rendue le 24 avril 2019, n° 428117.

²⁶ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rendu ici plusieurs ordonnances. Une ordonnance n°1800820 du 20 avril 2018 portant rejet de la demande de transfert de V. Lambert et désignation d'une commission d'experts : une ordonnance n°1800820 du 2 juillet 2018 portant modification des termes de la mission confiée aux médecins experts ; et une ordonnance n°1800820 du 31 janvier 2019 portant rejet de la requête.

ment d' « accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir, le cas échéant, antérieurement exprimée, quels qu'en soient la forme et le sens ». (§16).

B. L'adéquation avec la volonté reconstituée du patient

L'état clinique du patient ne suffit pas à fonder juridiquement une décision médicale d'arrêt des soins et des traitements. Cela est posé par le Conseil d'Etat dès 2014 et réitéré dans sa dernière ordonnance du 24 avril 2019. Il convient que le patient lui-même fasse montre d'une volonté. Mais celle-ci ne saurait s'exhaler de son silence. C'est la raison pour laquelle, elle doit être reconstituée par le biais d'indices concordants.

La reconstitution de la volonté du patient est d'ailleurs pratiquée par de nombreuses Cours suprêmes étrangères. Cela montre d'ailleurs que les « juges vont avoir de plus en plus de pouvoir sur le vie et la mort »²⁷. La Cour suprême du New Jersey, dans un arrêt du 31 mars 1976, a ainsi affirmé l'exigence de reconstituer la volonté du patient hors d'état de s'exprimer au regard de sa manière d'envisager la vie. De même, dans un arrêt du 25 juin 1990 (cas *C.*), la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que la Constitution américaine ne faisait pas obstacle à ce que l'Etat du Missouri prévoit une législation qui garantisse que soient respectés les souhaits du patient même si celui-ci n'est plus en mesure de les exprimer explicitement. La Cour de cassation italienne, dans l'affaire *Englaro* de 2007, s'est d'ailleurs inscrite dans la droite ligne de cette jurisprudence, en affirmant la nécessité de déduire la volonté d'un tel patient « de sa personnalité, de son style de vie, de ses aspirations, de ses valeurs de références et de ses convictions éthiques, religieuses, culturelles et philosophiques » (§ 7.3).

Ces différentes méthodes de reconstitution sont toutefois plus subjectives que la méthode « française » employée par le Conseil d'Etat qui limite au maximum l'interprétation pour privilégier les éléments probants. Il accorde ainsi une part importante aux témoignages directs de la volonté antérieurement exprimée par le patient (cf. art. R4127-37-2 du code de la santé publique). Il en est de même pour la Cour constitutionnelle allemande qui s'appuie principalement sur des témoignages comme cela a été le cas dans différentes affaires, d'ailleurs citées par le rapporteur public Rémi Keller²⁸.

Dans le cas de l'affaire Lambert, le témoignage des proches a fait effectivement ressortir des bribes de volonté de ce dernier. En particulier, le Conseil d'Etat a fait mention du témoignage de la femme de Vincent Lambert aux termes duquel celui-ci aurait « clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance ». Le Juge administratif, dans son arrêt de 2014, a ainsi vérifié que de tels propos étaient fondés en soulignant que l'un des frères de Vincent Lambert les avait corroborés et que pour d'autres

²⁷ J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 2, p. 427.

²⁸ Cour fédérale allemande, arrêt *Kemptener* du 13 septembre 1994 ; arrêt *Putz* du 30 avril 2009, cités dans les conclusions de Rémi KELLER, *op. cit.*

de ses frères cela correspondait « à la personnalité, l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ». Ce à quoi les parents n'ont pas non plus opposé de démenti.

Ces éléments essentiels seront d'ailleurs repris dans la décision de 2019 avec une mention particulière quant à la valeur des différents témoignages recueillis. Pour le Conseil d'Etat, et ce dès 2014, il ne saurait être accordé de valeur prépondérante à l'un d'eux. Cette position est confortée dans la décision de 2019 précitée au regard des préconisations de la loi de 2016. Celle-ci a, en effet, entendu renforcer la parité entre les proches du patient pour valoriser la consensus plutôt qu'une orientation majoritaire.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans sa décision de 2014, a affirmé que le médecin en charge du patient avait pu estimer que « le fait que les membres de la famille n'aient pas eu une opinion unanime quant au sens de la décision n'était pas de nature à faire obstacle à sa décision ». La Chambre des Lords britannique a sur ce point une position similaire. Dans une affaire G. du 16 novembre 1994, elle a considéré que l'opposition d'un membre de la famille ne saurait bloquer le processus décisionnel pris dans sa globalité.

Toutefois, la reconstitution de la volonté du patient ne doit pas se faire uniquement sur le fondement d'une volonté antérieurement exprimée mais elle doit également comporter des éléments issus d'une volonté actuelle. Ainsi, dans sa décision du 14 février 2014, le Conseil d'Etat a demandé aux médecins de rechercher l'existence d'éléments permettant de considérer que le patient « réagit aux soins qui lui sont prodigués et, dans l'affirmative, si ces réactions peuvent être interprétées comme un rejet de ces soins, une souffrance, le souhait que soit mis fin au traitement qui le maintien en vie ou comme témoignant, au contraire, du souhait que ce traitement soit prolongé ». De tels éléments ont ainsi été relevés. L'équipe médicale en charge de Vincent Lambert a pu interpréter, pendant les premiers temps de son hospitalisation, certaines de ses réactions comme susceptibles de s'analyser en un refus des soins.

Pour autant, même reconstituée, cette volonté demeure fragile. Certains ont, à juste titre, souligné l'écart de volonté qui peut exister entre le moment où l'on ne fait que se projeter dans un avenir immatériel et le moment où l'on se trouve vraiment dans un état de santé compromis qui implique une décision fatale. De plus, il peut arriver également que le patient émette la volonté que les traitements soient interrompus non pas parce qu'il le veut vraiment mais parce qu'il est dans un état de très grande faiblesse. C'est ainsi que dans l'affaire Ms B., au Royaume-Uni, les médecins se sont retrouvés attirés devant la Haute Cour pour avoir refusé d'arrêter l'assistance respiratoire de leur patiente, au motif qu'ils doutaient de la réalité de sa volonté. Les juges ne les ont toutefois pas suivis en ce sens et les ont enjoint de procéder à ce qui leur avait été demandé ²⁹.

La volonté du patient en fin de vie est donc tout à fait déterminante pour caractériser l'obstination déraisonnable, même s'il peut demeurer une zone d'incertitude quant à la

²⁹ Haute Cour de justice, *Ms B. v. An NHS Hospital Trust*, 22 mars 2002.

fiabilité de sa reconstitution. Elle est un élément de légalité à part entière de la décision médicale d'arrêt des traitements en ce qu'elle finalise la matérialisation de l'obstination déraisonnable. Mais cette légalité, comme l'a illustré l'affaire Vincent Lambert, repose sur un socle constitutionnel trop étroit qu'il convient d'élargir de manière à donner aux décisions médicales de ce type toute leur signification.

II. Un dispositif législatif partiellement constitutionnalisé

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017³⁰, a considéré que le cadre constitutionnel de la fin de vie était limité au respect de la dignité humaine et de la liberté personnelle. Il a donc placé le dispositif législatif applicable non seulement en dehors du droit à la vie (A) mais aussi du droit à la protection constitutionnelle de la santé (B).

A. L'exclusion du droit à la vie

Le cheminement de la décision médicale relative au cas de Vincent Lambert devait nécessairement buter sur l'invocation du droit à la vie. En particulier, lors des différents référés-libertés (art. L. 521-2 CJA) qui ont été intentés devant le juge administratif, les requérants se sont appuyés sur le droit à la vie en tant que liberté fondamentale susceptible de permettre la recevabilité de leur action. Ce qui était donc demandé au juge c'était de savoir si le droit à la vie pouvait conduire à prolonger la vie même de manière artificielle. Le juge des référés a admis la recevabilité de tels recours mais il n'a effectué qu'un contrôle au regard de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a admis, par deux fois, la compatibilité du dispositif français avec les exigences conventionnelles³¹.

En revanche, rien n'a été dit sur le plan de la constitutionnalité et pour cause puisque le Conseil constitutionnel se refuse à accorder une valeur constitutionnelle au droit à la

³⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFIC)*, JORF n°0131 du 4 juin 2017 texte n° 78 ; pour un commentaire, voir en particulier, X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017, p. 1908 ; D. VIGNEAU, *Le Conseil constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté: une décision pour presque rien!*, in *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, juillet 2017, n° 283, p. 1-3 ; G. NICOLAS, *La constitutionnalisation des conditions d'une fin de vie digne*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, n° 112, pp. 941-948 ; A. ROBLOT-TROIZIER, *La prudence du Conseil constitutionnel sur la question de la fin de vie*, in *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 2017, n° 6, pp. 1177-1182.

³¹ Cour EDH, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14 ; Cour EDH, arrêt du 30 avril 2019, *Lambert et autres c. France*, n° 21675/19.

vie ³². Celui-ci a d'ailleurs été saisi, pour la première fois, d'une telle demande dans la QPC n° 2017-632 précitée portant sur des dispositions du code de la santé publique issues de la loi Claeys-Leonetti de 2016. Comme il l'avait fait par le passé lorsqu'il était saisi de questions liées à l'embryon, le juge constitutionnel n'a pas fait droit aux prétentions de requérants qui entendaient faire découler le droit à la vie du principe constitutionnel de la protection de la dignité humaine consacré par la décision bioéthique de 1994 ³³.

Le Conseil constitutionnel a justifié sa position en soulignant que si le législateur consacre le « principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » celui-ci ne saurait faire l'objet d'une consécration explicite d'un point de vue constitutionnel. Le juge constitutionnel a donc expliqué avoir préféré dégager le principe constitutionnel de la dignité humaine plutôt qu'« un droit autonome au respect de la vie » ³⁴. En conséquence, le principe de la dignité humaine peut véhiculer le respect de la vie, mais le droit à la vie, en tant que tel, n'est pas garanti par la Constitution de 1958.

Cela n'est pas totalement une originalité française. En Italie, le droit à la vie dispose aussi d'un statut plutôt « ambigu » ³⁵. Il n'est pas inscrit dans la Constitution de 1947. La Cour constitutionnelle italienne lui accorde un fondement constitutionnel implicite au travers de l'article 2 de la Constitution, en tant que « premier des droits inviolables de l'homme » (arrêt n° 223 de 1996). Le droit à la vie n'est donc pas non plus, ici, mobilisable de manière autonome mais au travers du prisme de la protection plus générale de l'article 2 précité.

Pour autant, qu'il soit consacré explicitement ou non, le droit à la vie n'est peut-être pas le plus adapté à la fin de vie du patient. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle italienne, reprenant en substance l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point ³⁶, ce droit n'est pas « pertinent » ³⁷ lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les garanties constitutionnelles entourant la fin de vie du patient dans la mesure où il ne saurait servir de fondement à demander de mourir.

De plus, il demeure délicat de demander à une Cour constitutionnelle de se prononcer sur ce qu'est la vie et sur la manière dont le législateur a de l'envisager. Pour autant, la dignité

³² Voir, en particulier : X. Bioy, *Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux. Les sophistes face à la mort de Socrate*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017 p. 1908; D. PARIS, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Consiglio costituzionale conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, Nota a Conseil constitutionnel, décision n° 2017-632 QPC (2 giugno 2017), in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 1.

³³ Conseil constitutionnel, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. p. 100. Sur la dignité humaine, voir en particulier, D. TRUCHET, *La dignité et les autres domaines du droit*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 1094; P. COSSALTER, *La dignité humaine en droit public français: l'ultime recours*, in *Revue Générale du Droit*, 2014, n. 4, <https://www.revuegeneraledudroit.eu>.

³⁴ Commentaire relatif à la décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFTC), *JORF n°0131 du 4 juin 2017 texte n° 78*.

³⁵ Sur la question du droit à la vie en Italie, voir, en particulier, L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dall'ord. n° 207/2018 sul 'caso Cappato)*, in *Federalismi.it*, 2019, n 13, pp. 2 ss.

³⁶ Cour européenne des droits de l'homme, Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, n° 2346.

³⁷ Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n° 207 de 2018, §.5.

humaine est à peine plus maniable, tant ses contours sont parfois tout aussi difficiles à cerner³⁸. Ce qui pourrait avoir pour conséquence d'ailleurs, en fonction de l'interprétation qui en est donné, d'« opposer la dignité 'personnelle' à la vie 'personnelle' »³⁹. A noter également que le principe constitutionnel de protection de la dignité humaine ne semble pas devoir s'appliquer à tout le dispositif de fin de vie. Il est davantage relié à la mise en œuvre des soins palliatifs⁴⁰, une fois que la décision d'arrêt des traitements a été prise. Au final, l'on obtient un dispositif législatif qui repose essentiellement sur les garanties constitutionnelles issues de la liberté personnelle⁴¹. Mais cela est insuffisant à assurer une véritable légitimité aux décisions médicales susceptibles d'être adoptées sur un tel fondement. La preuve a été apportée d'ailleurs lors de l'épisode judiciaire de l'affaire. Celui-ci a débuté par la saisine, par les parents de Vincent Lambert, du Comité international des droits des personnes handicapées de l'ONU lequel a demandé à l'Etat français de suspendre la décision médicale d'arrêt des traitements⁴². Face au refus de l'Etat, les parents du patient ont porté l'affaire jusque devant la Cour d'appel de Paris qui a fait entrer, « clandestinement » le droit à la vie dans le champ de la liberté individuelle afin de caractériser une voie de fait et justifier ainsi sa compétence pour ordonner la reprise des soins⁴³. Par son arrêt du 28 juin 2019⁴⁴, la Cour de cassation a toutefois rétabli l'exacte application de la voie de fait⁴⁵ en restituant la liberté individuelle dans l'acception qui est la sienne et qui est *de facto* limitée à la sûreté, conformément d'ailleurs à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Essentiellement fondée sur la liberté personnelle, la décision médicale relative à la fin de vie de Vincent Lambert est donc amputée d'une partie essentielle de sa signification qui est celle de garantir la protection constitutionnelle de la santé du patient.

³⁸ Sur les contours du principe constitutionnel de dignité humaine voir, en particulier, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française?*, in *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013, pp.173-180.

³⁹ R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, préface à l'ouvrage de G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, Giappichelli, 2019, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 1, p. 4.

⁴⁰ Voir, notamment, M.-L. MOQUET-ANGER, *La dignité et le droit de la santé*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 1075.

⁴¹ Sur la construction de la liberté personnelle par le juge, voir, en particulier, G. ARMAND, *Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n. 1, pp. 37-72, spéc. pp. 50 ss.

⁴² CPDH, 3 mai 2019.

⁴³ CA Paris, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1082. Voir commentaire, X. DUPRE DE BOULOIS, *Affaire Vincent Lambert: la danse macabre continue. Au sujet de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 mai 2019*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1202 ; M. RIOUALEN, *Affaire Lambert: une bien surprenante voie de fait*, in *Dalloz actualité*, 4 juin 2019.

⁴⁴ V.-O. DERVIEUX, *Cour de cassation, 28 juin 2019, la double tentation du juge*, in *Dalloz actualité*, 2 juillet 2019.

⁴⁵ TC, arrêt *Bergoend*, 17 juin 2013, n° C3911 ; voir aussi, pour une autre lecture de la position du juge judiciaire: J. ROUX, *Affaire Vincent Lambert: la Cour de cassation aurait pu retenir la voie de fait*, in *Dalloz*, 2019, p. 1400.

B. L'absence du droit à la protection constitutionnelle de la santé

Si l'article L. 1110-1 du code de la santé publique fait effectivement référence au « droit fondamental à la protection de la santé », ce dernier n'a pas été mobilisé (même d'office par le juge constitutionnel) en tant que paramètre de constitutionnalité du dispositif législatif relatif à la fin de vie. En conséquence, ce dernier n'est donc pas matériellement irrigué par ce principe constitutionnel et en particulier par la jurisprudence constitutionnelle qui aurait pu permettre de fonder la décision médicale non plus seulement législativement mais aussi constitutionnellement.

Introduire le droit à la protection constitutionnelle de la santé dans le champ de la fin de vie présente des avantages non négligeables. Tout d'abord, celui-ci n'est pas superposable au droit à la vie. Leurs champs de protection ne se rejoignent pas nécessairement. Alors que le droit à la vie implique de préserver l'individu de toute atteinte qui pourrait le conduire à la mort, le droit à la protection de la santé se situe dans un prisme plus large. En effet, celui-ci constitue le fondement du droit à recevoir des soins et à voir sa santé (physique et psychique) préservée tant d'un point de vue individuel que collectif. Mais il implique également de prémunir le patient de tout traitement inutile ou devenu inefficace. Aussi la garantie de la santé connaît des limites que le droit à la vie n'envisage pas. De surcroît, alors que le droit à la vie est considéré comme indisponible, tout du moins du point de vue conventionnel et de celui de certains Etats européens, le droit à la protection de la santé appartient pleinement au patient par le prisme du consentement. Le consentement aux soins fait partie intégrante du champ de la protection constitutionnelle que ce soit en France comme dans les autres systèmes constitutionnels. Il comprend d'ailleurs le droit d'accepter les soins mais aussi de les refuser.

Or, en n'intégrant pas l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 dans les paramètres de constitutionnalité du dispositif législatif relatif à la fin de vie, le Conseil constitutionnel a donc matériellement dissocié la fin de vie de la santé du patient. En conséquence, la reconstitution de la volonté du patient hors d'état de s'exprimer n'a reçu qu'une dimension législative de ce point de vue. Déconnectée du droit à la protection de la santé, cette volonté, reconstituée en dehors du patient, n'est que l'« objet » de la décision médicale plutôt que d'en être l'un des sujets. Un tel constat milite pour que la question du lien entre santé et fin de vie soit reposée, à l'image de ce que vient de juger la Cour constitutionnelle (ord. n° 207 de 2018 et déc. n° 242 de 2019) ⁴⁶.

L'affaire portait sur un individu, souffrant de manière irréversible et incurable de différentes pathologies liées à un accident survenu en 2014. Il avait alors demandé, à Marco Cappato, de l'emmener en Suisse pour que soit mis fin à sa vie de manière directe et immédiate. A son retour, Marco Cappato a fait l'objet d'une action en justice au titre de l'article

⁴⁶ D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme et salute*, 2018, n. 3.

580 du code pénal qui interdit toute forme d'aide au suicide. Dans le cadre de l'instance, la Cour d'assise de Milan a, par ordonnance du 14 février 2018, soulevé la question de la constitutionnalité de cette disposition législative devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci a considéré que l'article 580 précité n'était pas incompatible avec le texte constitutionnel, mais qu'en l'espèce il était inapplicable. Elle a ainsi demandé expressément au législateur d'adopter, d'ici le 24 septembre 2019, un dispositif adapté. Face à l'inertie constatée du Parlement à la date fixée, la juridiction constitutionnelle a, par un communiqué du 25 septembre 2019, ouvert, en attendant « l'intervention indispensable du législateur », la possibilité de recourir au suicide assisté si l'état et le consentement du patient le permettent⁴⁷. Si l'on peut émettre quelques réserves⁴⁸ quant à la légitimité de la Cour constitutionnelle italienne de reconnaître, de manière anticipée à tout débat parlementaire, une telle pratique, l'argumentation relative au régime constitutionnel de la fin de vie est pertinente. En effet, en affirmant que « l'interdiction absolue de l'aide au suicide finit (...) par limiter la liberté d'autodétermination du malade dans le choix des thérapies, y compris celles destinées à le libérer de ses souffrances » (§9 de l'ordonnance n° 207), la Haute instance fait entrer la mise en œuvre de la fin de vie⁴⁹ dans le champ des « soins ». Ce qui implique la couverture constitutionnelle de l'article 32 relatif au droit fondamental à la santé.

Emprunter un tel cheminement implique qu'en France aussi l'on soit prêt à envisager « le dépassement de la notion restrictive de protection de la santé »⁵⁰ pour aller au-delà de la garantie sanitaire. C'est à ce prix que la fin de vie pourrait intégrer le champ de la santé du patient. La décision médicale d'arrêt des traitements entrerait dans le champ des prescriptions de la protection constitutionnelle de la santé. Sa finalité deviendrait plus claire en ce qu'il ne s'agirait pas seulement de tout arrêter pour laisser mourir, mais de considérer l'interruption des soins comme un moyen de garantir autrement la santé du patient, en aménageant une fin de vie conforme à l'état dans lequel il se trouve.

De plus, cela permettrait de rééquilibrer le dispositif français puisque dans le droit constitutionnel à la santé, il y a aussi la protection du consentement du patient. Or, aujourd'hui, le dispositif français s'en remet, *in fine*, au seul médecin pour prendre la décision d'arrêt ou de poursuite des traitements. Admettre, même si c'est loin d'être évident, que l'interruption des traitements est aussi un « soin » garantirait au patient en fin de vie le consentement aux soins. Quand le législateur affirme la nécessité d'obtenir le consentement du patient ou, à défaut, l'expression de sa volonté présumée, il le fait au regard du respect de la dignité de la personne humaine mais pas aux fins de respecter le droit à la santé. Si

⁴⁷ La Cour constitutionnelle vient ainsi confirmer les conditions du suicide assisté qu'elle avait déjà posées dans son ordonnance n° 207 de 2018.

⁴⁸ G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, n° 1.

⁴⁹ Ici le suicide assisté, mais l'on peut transposer cela à l'interruption des traitements.

⁵⁰ R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, *BiolaW Journal*, à paraître.

l'on ajoute ce paramètre, le prisme n'est plus tout à fait le même car la décision du médecin n'appartiendrait plus qu'au seul praticien mais aussi au patient, titulaire d'une volonté constitutionnellement garantie.

Ce raisonnement conduit également à conférer au patient en fin de vie l'exclusivité de ce consentement. Comme l'a souligné la Cour de cassation italienne, dans son arrêt *Englaro* précité, « la santé est un droit éminemment personnel ». Il ne peut être exercé que par son seul titulaire. Dans ces conditions, le cadre d'intervention des proches du patient devient plus clair. Ceux-ci ne peuvent pas s'immiscer dans la détermination de son consentement. Et l'on comprend mieux qu'ils ne puissent apporter que de simples témoignages. De surcroît, cela permet aussi de situer avec exactitude le rôle du tuteur qui est nommé dans ce genre de circonstances ⁵¹. Dans l'affaire Vincent Lambert, celui-ci pensait avoir pouvoir de décider à la place de ce dernier dans la mesure où il était hors d'état de s'exprimer. Cela lui a été refusé, mais la justification qui lui a été fournie n'était que de nature législative. Cela aurait été plus explicite s'il avait été fait mention d'un lien avec le droit constitutionnel à la santé qui implique la mise en œuvre d'une volonté ne pouvant découler que de son titulaire.

Alors certes la question peut se poser de savoir si faire entrer l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 dans le champ de la fin de vie ne pourrait pas avoir pour conséquence, combiné à la liberté individuelle et à la protection de la dignité humaine, de conduire vers un droit à l'auto-détermination du patient jusqu'à la fin de sa vie. Mais pour le savoir, il faudra, un jour ou l'autre, ouvrir la boîte de Pandore.

⁵¹ M. GROSSET, *Étude sur les directives anticipées et la personne de confiance: le rôle du tiers dans l'expression de la volonté du sujet empêché*, in *Dalloz*, 2019, p. 1947.

Osservatorio sui sistemi sanitari

Osservatorio sui sistemi sanitari

La difficile riforma dell'assistenza primaria, tra legge statale, accordi collettivi e programmazione regionale*

Ettore Jorio** e Davide Servetti***

SOMMARIO: 1. L'assistenza primaria come componente assiologicamente qualificante la garanzia del diritto alla salute perseguita mediante il Servizio sanitario nazionale. – 2. Il nodo dell'integrazione dell'assistenza medico-generica e pediatrica nell'organizzazione distrettuale: cenni ricostruttivi, dalla legge n. 833/1978 al d.lgs. 229/1999. – 3. La storia recente dell'assistenza primaria. La fase che precede la riforma del 2012, tra sperimentazione di nuovi modelli, riprogettazione complessiva della sanità territoriale e problemi specifici della riorganizzazione delle cure primarie. – 4. Dall'accordo collettivo nazionale del 2009 alla riforma del 2012. – 5. La mancata attuazione della riforma da parte della contrattazione collettiva: l'omessa revisione degli accordi della medicina generale e della pediatria di libera scelta quale principale fattore di blocco. – 6. La problematica attuazione della riforma da parte delle Regioni, tra eterogeneità dei modelli regionali di sanità territoriale, ambiguità delle scelte programmatiche, attesa dello sblocco della contrattazione collettiva. – 7. Considerazioni conclusive: la percezione di una riforma fallita, gli indicatori di un processo in atto, il problema non aggirabile della contrattazione collettiva, la necessità di una nuova sintesi nazionale.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il contributo è frutto della collaborazione tra gli autori; i parr. 3, 5-7 sono stati redatti da Davide Servetti, i parr. 1, 2, 4 da Ettore Jorio.

** Docente di diritto della salute e dell'assistenza sociale nell'Università della Calabria, avvocato nel foro di Cosenza, ettore.jorio@unical.it.

*** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università del Piemonte Orientale, segretario scientifico della Società italiana di Diritto sanitario, davide.servetti@uniupo.it.

1. L'assistenza primaria come componente assiologicamente qualificante la garanzia del diritto alla salute perseguita mediante il Servizio sanitario nazionale

Il quarantennale della legge n. 833 del 1978 celebrato lo scorso anno ha sollecitato operatori e studiosi a tracciare un bilancio dell'evoluzione del Servizio sanitario nazionale attraverso le sue diverse stagioni, scandite da periodiche "riforme della Riforma", lungo un percorso rimasto unitario benché caratterizzato da cambiamenti di non poco conto, specchio (e banco di prova) delle trasformazioni dello Stato sociale che la Costituzione impegna la Repubblica a realizzare¹. L'anniversario ha naturalmente richiamato l'attenzione anzitutto sul contesto storico e politico-legislativo della Riforma e in particolare su di un 1978 denso di eventi. Alla legge n. 833 è stata spesso associata, in ragione dei nessi con la garanzia del diritto alla salute della persona, la commemorazione delle nn. 180 e 194, così come non è mai mancato l'inquadramento dell'approvazione della Riforma sanitaria nella fase conclusiva del triennio della c.d. solidarietà nazionale, sul cui esito pesò in misura determinante un altro avvenimento memorabile di quell'anno, per la sua tragicità questa volta, come fu l'assassinio di Aldo Moro².

È stato sovente ricordato³ un altro atto di quel 1978, noto specialmente tra gli addetti ai lavori, ovvero la Dichiarazione di Alma Ata adottata dalla Conferenza internazionale sull'assistenza primaria, la quale tracciò uno scenario di sviluppo della tutela della salute rivolto alla centralità dei bisogni della persona, all'intervento sui determinanti sociali ed economici della salute (secondo una concezione che anni dopo verrà sviluppata sotto l'ombrello concettuale dell'*health in all policies*), all'avvicinamento dei servizi sanitari ai luoghi di vita e di lavoro della persona nella comunità di riferimento, all'educazione sanitaria e alla piena partecipazione del cittadino alle politiche per la salute, alla prevenzione (nel significato oggi attribuito alla prevenzione, appunto, detta "primaria"), all'integrazione dell'assistenza sanitaria con quella sociale: una dichiarazione che, con ragione, la sua più recente epigone (la Dichiarazione di Astana del 2018), nel ribadirne l'attualità, definisce "ambiziosa e visionaria".

¹ Per una lettura a più voci di questa evoluzione possono vedersi ad esempio i contributi sul tema pubblicati nel numero 3/2018 di questa *Rivista*, ad iniziare da quello introduttivo (e problematizzante con riguardo ad alcune prospettive di sviluppo) di R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 465 ss.

² Per una approfondita conoscenza della genesi storica, nel lungo e nel breve periodo, della Riforma sanitaria può farsi riferimento principalmente agli studi di Francesco Taroni, da ultimo *Il volo del calabrone. 40 anni di Servizio sanitario nazionale*, Roma, Il pensiero scientifico, 2018, pp. 1-53.

³ Ad es. da L. BUSATTA, *Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra anniversari e tenuta dei principi costituzionali*, in *BioLaw Journal-Rivista di biodiritto*, 2018, n. 3, pp. 1 ss.

Due aggettivi, questi, sui quali riflettere ogniqualvolta ci si accosti al problema dell'organizzazione dell'assistenza primaria, che va ritenuta una componente fondamentale nel progetto riformatore della legge n. 833. Essa, infatti, può essere considerata l'implicazione forse più rappresentativa della visione olistica della tutela della salute della persona che ispira la Riforma e, mostrando un'intima coerenza con i principi costituzionali personalista e solidarista, arricchisce il già impegnativo principio della globalità delle cure, quale tensione del sistema sanitario alla copertura da tutti i rischi per la salute e dunque all'erogazione di tutte le prestazioni a ciò funzionali, con l'idea che la salute vada promossa e protetta in ogni dimensione della vita personale, ivi comprese le "comunità" (familiare, scolastica, di lavoro, territoriale, ecc.) in cui essa si svolge. Due aggettivi, dunque, che avvertono l'osservatore circa il livello elevato della sfida lanciata ad un sistema sanitario costruito sulle solide fondamenta dell'ospedale quale baricentro organizzativo e strutturale e sulla cura della malattia quale paradigma delle attività di tutela della salute⁴.

2. Il nodo dell'integrazione dell'assistenza medico-generica e pediatrica nell'organizzazione distrettuale: cenni ricostruttivi, dalla legge n. 833/1978 al d.lgs. 229/1999

È noto che proprio la legge n. 833 fosse figlia di una cultura professionale d'avanguardia, consentanea ai principi di Alma Ata e orientata ad una concezione della tutela della salute critica nei confronti di un'eccessiva ospedalizzazione e medicalizzazione dei processi di assistenza.

La creazione del distretto sanitario, quale unità organizzativa di base delle USL (art. 10, c. 3) e ambito strategico per l'integrazione con il settore sociale ed altri comparti dei servizi di welfare (art. 11, cc. 5 e 6)⁵, è conseguenza di questa concezione, ma è al contempo an-

⁴ Sulla cura come paradigma fondante la medicina, sulla rilevanza di una concezione di tutela della salute non limitata alla cura e sulle tendenze, talora problematiche, che oggi caratterizzano il superamento di quel paradigma, v. ora R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2019, n. 3 (in corso di pubbl.). Sull'importanza di progettare l'assistenza sanitaria entro un rapporto sistemico tra ospedaliera e primaria insiste giustamente uno dei padri nobili della sanità italiana, Elio Guzzanti, il quale ha limpidamente scritto che senza una efficace organizzazione dell'assistenza primaria, «è impossibile ritenere che si possano contenere entro limiti ragionevoli i ricoveri ospedalieri e le crisi del pronto soccorso, perché nessun nodo della rete ospedaliera può operare regolarmente se si trova nel vuoto, cioè nell'assenza di attività e servizi che assistano nella comunità le persone affette dalle patologie di minore rilevanza ma di larga diffusione, e le persone affette da malattie croniche, le persone disabili e quelle non autosufficienti»: E. GUZZANTI, *L'assistenza primaria in Italia, dalle condotte mediche al lavoro di squadra*, a cura di M.C. MAZZEO, G. MILILLO, A. CICCETTI, A. MELONCELLI, Edizioni Iniziative Sanitarie, Roma, 2009, p. 81 (al volume si rinvia altresì, in via generale, quale preziosa fonte di ricostruzione dell'evoluzione giuridico-istituzionale del settore).

⁵ Sono forti, in queste disposizioni, gli echi di quel filone di teoria delle politiche pubbliche incentrato sulle c.d. unità locali dei servizi (spunti ricostruttivi in C. TREVISAN (a cura di), *L'unità locale di servizi - Quaderno di servizi sociali n. 8*, Fondazione Zancan, 1968 e in V. ONIDA, A. PREZIOSO, C. TREVISAN, *I Comuni di fronte all'unità locale*, Fondazione Zancan,

che mera premessa per la sua realizzazione, lasciata allora in larga parte ad un'attuazione regionale che rimase priva di un quadro programmatico nazionale per tutta la prima fase di sviluppo del Ssn⁶.

Per comprendere l'evoluzione dell'organizzazione dell'assistenza primaria e le sue condizioni attuali, va poi considerata un'altra previsione "aperta" della legge n. 833, qual era l'art. 25, c. 3. Secondo tale disposizione l'«assistenza medico-generica e pediatrica» avrebbe dovuto essere «prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino». Essa, frutto di una modifica della formulazione contenuta nel disegno di legge governativo (che invece configurava l'intervento del personale dipendente come transitorio e residuale, limitato cioè alle sole zone carenti e fino alla copertura delle medesime da parte del personale convenzionato⁷), poneva sullo stesso piano il ruolo delle due categorie di personale, lasciando così impregiudicata la possibilità che il nerbo dell'assistenza primaria (la medicina e la pediatria di base) non facesse capo esclusivamente a quel modello convenzionale disegnato un anno prima dall'art. 9 della legge n. 349 del 1977 e destinato – fin dalla sibillina attribuzione alle Regioni della funzione di «istituzione, modifica e soppressione» delle condotte mediche comunali con il d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 4 (art. 2, c. 2, lett. g) – ad assorbire completamente l'attività di assistenza medico-generica e pediatrica. Questa possibilità non prese effettivamente piede e l'art. 8 del d.lgs. 502/1992 la superò del tutto, riconducendo in via esclusiva alla medicina convenzionata tali funzioni di

1974), il cui concorso alla fondazione del Ssn sul principio della programmazione è stato importante (sulle ragioni per considerare a tutt'oggi quello della programmazione un "principio strutturale" del Ssn v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 80; per una visione complessiva del sistema della programmazione e per cenni ricostruttivi al metodo programmatico quale motore del Ssn cfr. G. CARPANI, *La programmazione*, ivi, pp. 325 ss., spec. p. 327).

⁶ Come noto, infatti, il primo piano sanitario nazionale che riuscì a giungere all'approvazione fu quello per il triennio 1994-1996, ormai entro un assetto del Ssn profondamente mutato dal riordino del 1992-1993. La mai avvenuta adozione del PSN 1979-81, rimasto allo stato di bozza, e la successiva latitanza della programmazione nazionale non impedì ad una "avanguardia" di Regioni (ad es. Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte) di adottare fin dai primi anni Ottanta e con apprezzabile regolarità lungo quel decennio propri piani sanitari regionali.

⁷ Il riferimento va all'art. 13 del d.d.l. C.1252 (annunciato nella seduta del 16 marzo 1977). Che si trattasse di una decisione controversa è fuor di dubbio, visto che il precedente più autorevole di questo disegno di legge, ovvero il primo grande progetto di riforma presentato dal ministro Vittorino Colombo nella legislatura antecedente (d.d.l. C.3207, annunciato nella seduta del 12 agosto 1974), optava per la soluzione di "pariordinazione" del personale dipendente e convenzionato nell'erogazione dell'assistenza medico-generica e pediatrica che poi ebbe la meglio nella versione finale del testo di legge approvato nel dicembre 1978. E che proprio il rapporto con il personale convenzionato sia stato al centro di uno dei passaggi più difficili dell'istituzione del Ssn non pare nascondere la relazione illustrativa del progetto di legge del 1977, ove viene dato atto di aver raggiunto con le rappresentanze di categorie soluzioni condivise (che si tradussero nella legge n. 349 del 1977). Al d.d.l. del 1974 e, in particolare, alla notevole relazione illustrativa che lo accompagnò, può fare riferimento anche chi cercasse conferme circa la profondità del progetto riformatore alla base dell'istituzione del Ssn e la concezione avanzata di tutela della salute di cui esso si faceva portatore (cfr. ad es., per la rilevanza che ha nel nostro discorso, il paragrafo intitolato "Lo squilibrio fra cura e prevenzione", pp. 15-16 dell'atto parlamentare).

assistenza⁸. Tuttavia, è rilevante osservare come l'ambiguità dell'art. 25, c. 3, la quale rispecchiava una più complessiva ambiguità circa il ruolo del personale convenzionato nel Ssn⁹, abbia reso fin dall'inizio problematico il rapporto tra l'attività di assistenza primaria prestata dai medici di medicina generale e dai pediatri di libera scelta e l'organizzazione dei servizi territoriali facenti capo al distretto: rapporto che, nella complessiva logica della Riforma, avrebbe dovuto essere improntato ad una forte integrazione.

Mentre gli accordi collettivi nazionali di categoria non lesinavano dichiarazioni d'intenti favorevoli all'integrazione della medicina convenzionata nell'organizzazione distrettuale, che invero non trovavano poi seguito in specifiche previsioni¹⁰, a livello legislativo fu a lungo mantenuto un significativo silenzio sulle forme di una simile integrazione. La stessa riforma del 1992, che superò l'ambiguità concernente l'esclusiva riconduzione dell'assistenza medico-generica e pediatrica al modello convenzionale e, dunque, sancì anche in astratto la necessità di affrontare il problema dell'integrazione, lasciò sostanzialmente intatto questo nodo che, anzi, venne in qualche modo ancor più stretto dall'introduzione dell'obbligo di «garantire la continuità assistenziale per l'intero arco della giornata e per tutti i giorni della settimana, anche attraverso forme graduali di associazionismo medico»¹¹; obiettivo, questo, che venne rimesso agli accordi regionali, da stipulare «unitamente anche alle organizzazioni sindacali delle categorie di guardia medica e dei medici di medicina dei servizi»¹². In tal modo, lo svolgimento del principio di continuità assistenziale, che sarà centrale per gli sviluppi futuri della materia e sollecita l'effettiva integrazione della medicina convenzionata nell'organizzazione della sanità territoriale, venne ancora una volta lasciato a future determinazioni, rinviate essenzialmente al doppio livello della contratta-

⁸ Si veda in particolare il comma 1, lett. *b*), dell'articolo 8 (già nella versione originaria, che non venne per questa parte modificata dal d.lgs. integrativo e correttivo n. 517/1993).

⁹ Risoluto, in tal senso, il giudizio di F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del Ssn in una prospettiva storica*, Roma, Il pensiero scientifico, 2011, p. 206: «Anche un problema fondamentale per l'organizzazione ed il funzionamento del sistema come quello del ruolo dei medici di medicina generale, che in Gran Bretagna aveva costituito il cuore della lunga negoziazione fra Aneurin Bevan e la British Medical Association (Eckstein, 1960), venne aggirato in Italia con formulazioni ambigue ed incoerenti».

¹⁰ Cfr. ad esempio gli accordi collettivi nazionali della medicina generale adottati con i D.P.R. 882/1984, 289/1987, 314/1990. Un cambio di passo è invece rinvenibile nel successivo accordo (v. D.P.R. 484/1996).

¹¹ Art. 8, comma 1, lett. *e*), d.lgs. 502/1992 (già nella versione originaria, che non venne per questa parte modificata dal d.lgs. integrativo e correttivo n. 517/1993). Tale innovazione va compresa alla luce del superamento del servizio di guardia medica operato dalla riforma *bis* e con la conseguente distinzione tra servizio di emergenza territoriale (per gli interventi urgenti) e servizio di continuità assistenziale (per gli interventi non urgenti). È vero che anche il servizio di guardia medica faceva gran conto sulle convenzioni con medici libero professionisti e che, essendo tale attività non incompatibile con quella di assistenza medico-generica, questo settore era già ampiamente in carico al personale convenzionato e alla medicina generale in particolare; tuttavia, l'introduzione di un autonomo servizio di continuità assistenziale affidato alla medicina generale determina l'individuazione di una specifica categoria di professionisti, i medici di continuità assistenziale, per il cui convenzionamento e per la cui attività gli ACN successivi alla riforma definiscono regole apposite. Si tornerà oltre sul punto, parlando dell'istituzione del ruolo unico da parte del legislatore del 2012.

¹² Art. 8, comma 1, lett. *e*), d.lgs. 502/1992 (già nella versione originaria, che non venne per questa parte modificata dal d.lgs. integrativo e correttivo n. 517/1993).

zione collettiva, la cui prudenza nei confronti della medicina associata¹³ è chiave di lettura di quel «graduali» che spicca nella disposizione citata, mentre il problema dell'integrazione della medicina e della pediatria di base nell'organizzazione distrettuale continuò a passare sotto silenzio.

Il silenzio venne rotto dalla riforma di fine anni Novanta. Tanto la legge delega del 1998 (n. 419)¹⁴ quanto il decreto legislativo del 1999 (n. 229), che riscrisse e integrò ampiamente il d.lgs. n. 502/1992, nel confermare l'attribuzione delle funzioni di assistenza medica e pediatrica di base al personale convenzionato, aprirono espressamente la via alla integrazione di tali funzioni all'interno del distretto¹⁵. Il che avvenne contestualmente al riconoscimento in sede legislativa del *nomen* "assistenza primaria", il quale non figurava precedentemente nella legislazione sanitaria fondamentale e che ancora oggi presenta qualche problema di esatta perimetrazione, in parte dovuto alle fisiologiche continuità con altre aree della sanità territoriale, in parte dovuto a un'ambiguità qualificatoria che sarebbe bene lo Stato e le Regioni risolvessero per quanto possibile¹⁶.

In particolare, la chiara affermazione del principio dell'integrazione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta nell'organizzazione distrettuale fu corredata con la configurazione dei due principali percorsi per la sua attuazione: da un lato, il principio fu esplicitamente ricompreso tra i vincoli e i contenuti degli accordi collettivi nazionali con le diverse figure di personale convenzionato e venne declinato in previsioni senza dubbio generali ma perciò non meno impegnative¹⁷; dall'altro, il principio fu convertito in una vera e propria "missione" del distretto, forse la principale, nella prospettiva di costruire un vero *sistema* dell'assistenza territoriale il cui asse precipuo fosse l'assistenza primaria e, con ciò, altresì nell'ottica di valorizzare la programmazione regionale e le scelte

¹³ V. ad es. la disciplina della medicina associata nella sua versione sostanzialmente immutata contenuta nell'art. 27 del 289/1987 e nella medesima disposizione del D.P.R. 314/1990. Come si accennava in nota 10, l'accordo del 1996 (v. artt. 40 e 71 del D.P.R. 484 di quell'anno) mostrerà invece un maggiore investimento sull'associazionismo, pur lasciando ampia libertà di forme ai professionisti.

¹⁴ V. spec. art. 2, c. 1, lett. *bb*).

¹⁵ Il quale, del resto, riceveva per la prima volta una compiuta disciplina generale da parte del legislatore statale.

¹⁶ Evidenza più rilevante di tale ambiguità è probabilmente l'assenza di questa categoria tra le aree di prestazioni comprese nella declaratoria dei livelli essenziali di assistenza aggiornata e notevolmente riformata anche nella struttura dal d.p.c.m. 12 gennaio 2017. Benché sia operazione agevole l'identificazione della porzione di gran lunga prevalente dell'assistenza primaria (*nomen iuris* che mai figura nell'atto menzionato) con le prestazioni ricomprese nell'area dell'«assistenza di base» (art. 4), la quale è a sua volta parte delle aree di attività distrettuale (art. 3), tale ambiguità è confermata da due principali circostanze: che la continuità assistenziale (che l'art. 5-*quinquies* del d.lgs. 502/1992 include nell'assistenza primaria) sia distinta dall'assistenza di base; che nell'illustrazione delle attività di assistenza di base si privilegi un criterio analitico-descrittivo che non aiuti la chiara identificazione di quali attività siano riconducibili alle funzioni dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta. Mentre il primo profilo di ambiguità avrebbe probabilmente potuto essere evitato, va detto che il secondo fa i conti, da un lato, con i limiti di competenza e con la funzione medesima della definizione dei livelli essenziali (quale decisione sui contenuti del diritto a prestazione garantiti in modo uniforme sul territorio nazionale alle condizioni di accessibilità proprie del Ssn), dall'altro con il fatto che l'identificazione di quali attività spettino alle predette figure professionali è decisione rimessa essenzialmente alla contrattazione collettiva in base ai principi di cui all'art. 8 del d.lgs. 502/1992.

¹⁷ Il riferimento va specificamente all'art. 8, c. 1, lett. *e*), *f*), *g*), *d*), d.lgs. 502/1992 come modificato dal d.lgs. 229/1999.

organizzative aziendali come leva strategica per realizzare di fatto l'integrazione auspicata¹⁸. In tal senso, le Regioni – premiando il legislatore statale implicitamente l'iniziativa assunta da alcune di esse fin dai primi anni di attuazione della Riforma nella direzione di sviluppare propri modelli di distretto di base – furono inequivocabilmente legittimate ad operare nella revisione delle proprie sanità territoriali mettendo a fattor comune le attività dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta. L'intenzione appariva quella di determinare un contesto organizzativo territoriale il più favorevole possibile per le trasformazioni rimesse alla contrattazione collettiva, il cui concorso restava comunque imprescindibile sotto diversi profili, specialmente per l'attivazione e la regolazione delle forme associative tra professionisti, da un lato, e per l'adesione dei medesimi alle forme organizzative dell'assistenza primaria disciplinate dalle Regioni, dall'altro.

3. La storia recente dell'assistenza primaria. La fase che precede la riforma del 2012, tra sperimentazione di nuovi modelli, riprogettazione complessiva della sanità territoriale e problemi specifici della riorganizzazione delle cure primarie

Dalle richiamate previsioni del 1999 può farsi derivare la storia più recente – ma anche *pleno iure*, poiché, come accennato, la locuzione ricevette dignità legislativa in quell'occasione – dell'assistenza primaria, che può essere a sua volta suddivisa in due fasi il cui snodo è rappresentato proprio dalla riforma del 2012, in particolare dall'art. 1, d.l. 158/2012 (conv. l. 189/2012).

La prima fase si mosse effettivamente lungo i due percorsi delineati da quelle previsioni, caratterizzandosi sia per lo sviluppo di una disciplina contrattual-collettiva più ambiziosa in tema di medicina in associazione e di integrazione dell'assistenza medico-generica e pediatrica nei servizi distrettuali, sia per l'investimento di alcune Regioni nella ristrutturazione delle proprie sanità territoriali (e, simmetricamente, ospedaliere) attraverso la creazione non soltanto di forme organizzative di natura funzionale, bensì anche di nuovi *luoghi* (e strutture) dell'assistenza primaria.

I due percorsi, la cui parola d'ordine unificante e rassicurante fu quella di “sperimentazione”, furono entrambi supportati dalla programmazione nazionale, che tentò di favorirne un coordinamento e un punto comune di convergenza.

L'innescò fu dato da due accordi attuativi del Piano sanitario nazionale 2003-2005, stipulati in Conferenza Stato-Regioni entrambi il 24 luglio, ma di due anni diversi, il 2003 e il 2004.

¹⁸ V. l'art. 3-*quinquies*, c. 1, lett. *a*) e *b*), d.lgs. 502/1992, come introdotto dal d.lgs. 229/1999 e tutt'ora vigente in questa immutata versione testuale.

Il primo individuò cinque priorità di azione per lo sviluppo del Psn mediante la cooperazione Stato-Regioni, tra le quali figuravano le cure primarie. Nell'ambito dell'esigenza sistemica di "depotenziare" l'offerta ospedaliera e "potenziare" quella territoriale, spostando risorse dall'una all'altra¹⁹, la «reinterpretazione del rapporto territorio-ospedale»²⁰ avrebbe dovuto dotare, secondo l'accordo del 24 luglio 2003, l'assistenza territoriale «di risorse e servizi che oggi ancora sono assorbiti dagli ospedali, con un maggiore coinvolgimento dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta nel governo dei percorsi sanitari, sperimentando nuove modalità operative che favoriscano l'integrazione con le altre figure professionali territoriali». Un «possibile percorso applicativo di tale indicazione» avrebbe preso le mosse «dalla sperimentazione di forme evolutive delle varie tipologie di medicina di gruppo, già prefigurate dai vigenti accordi nazionali, formate da medici di medicina generale, da pediatri di libera scelta e, laddove presenti, da specialisti territoriali, che, in raccordo con i relativi distretti socio-sanitari, assicurino in via continuativa agli utenti le cure primarie, garantendo la continuità assistenziale e rapportandosi a specialisti che assicurino competenza nella diagnostica di base ed in alcune specialità, anche alla guardia medica territoriale o alle strutture o servizi individuati dalle regioni». E, in quest'ottica, ci si proponeva di «sperimentare nuove modalità di erogazione dei servizi territoriali anche utilizzando la riconversione dei piccoli ospedali».

Alla "cosa" prefigurata dall'accordo del 2003 venne dato un "nome" l'anno successivo: UTAP, Unità territoriale di assistenza primaria²¹. Con qualche precisazione da non tralasciare. L'accordo del 24 luglio 2004, per la parte concernente le cure primarie²², conteneva indirizzi progettuali finalizzati a realizzare, secondo soluzioni parzialmente differenti tra aree urbane e non urbane, l'intensificazione dell'associazionismo della medicina convenzionata e l'integrazione con il personale e i servizi del distretto, tale da assicurare la continuità dell'assistenza sulle ventiquattro ore, in tutti i giorni della settimana. Siffatti progetti avrebbero potuto comportare sia la conferma e l'implementazione di modelli autonomi già elaborati da alcune Regioni sia l'avvio di nuovi modelli. È in questo secondo caso che alle Regioni che non avevano ancora adottato autonome iniziative veniva messo a disposizione un modello di riferimento, costituito appunto dalle UTAP, la cui illustrazione era rimessa ad un allegato dell'accordo.

¹⁹ Secondo la prima delle priorità assistenziali che le Regioni avrebbero dovuto indicare alle aziende sanitarie già in base al PSN 1998-2000.

²⁰ Cfr. § 2.7 del PSN 2003-2005.

²¹ Non che la denominazione fosse sconosciuta alla variegata esperienza dell'associazionismo e dei servizi territoriali, tanto che ad essa fa espresso riferimento il documento programmatico intitolato "Sanità futura" approvato il 27 maggio 2004 dal Ministro della salute e dagli Assessori alla sanità delle Regioni e delle Province autonome (il c.d. accordo di Cernobbio, dalla sede dell'incontro istituzionale in cui fu concluso. Tuttavia, anche sull'onda di quel documento, è con l'accordo Stato-Regioni del luglio 2004 che a questa forma organizzativa viene attribuita la funzione di modello che si dirà nel testo.

²² Ai progetti afferenti a quest'area veniva destinato il 25% dei fondi dedicati alla realizzazione degli obiettivi di carattere prioritario, di cui all'accordo dell'anno precedente.

L'UTAP entra nella programmazione nazionale, quindi, come schema “residuale” o, meglio, come modello-guida per le realtà regionali prive di una propria politica strutturata nel settore. Inoltre, tale figura è definita fin dall'inizio come un «presidio integrato per le cure primarie», luogo fisico il cui requisito minimo è l'elezione del medesimo a sede unica di forme associative tra medici convenzionati, capace però di svilupparsi con «gradualità» verso forme sempre più intense e ampie di integrazione con la dirigenza medica territoriale, il personale infermieristico, «fino a modelli socio-sanitari, che contemplino la presenza anche di operatori sociali e che strutturino l'intervento complesso delle ASL con gli Enti locali per la risposta integrata al bisogno sociale ad elevata rilevanza sanitaria»²³. La prospettiva è dunque quella di farne non soltanto il perno dell'assistenza primaria distrettuale, ma anche un presidio di riferimento per l'integrazione socio-sanitaria²⁴, in linea con i modelli sperimentali che alcune Regioni stavano sviluppando²⁵.

Tutto ciò significa – qui sta il punto – che la programmazione nazionale non individuò allora un modello di riferimento unitario, con standard uniformi predeterminati²⁶, ma lasciò libere le Regioni di sviluppare autonomi modelli organizzativi in grado, territorio per territorio, di raggiungere le prestabilite finalità di sistema (integrazione interprofessionale, continuità assistenziale, integrazione tra assistenza primaria, socio-sanitaria e sociale).

L'accordo collettivo nazionale della medicina generale, rinnovato l'anno successivo, riconobbe l'UTAP come uno strumento strategico per l'integrazione della medicina generale²⁷, ma non si discostò dalla logica sperimentale né dallo schema della volontaria partecipazione dei professionisti interessati. Per un verso, infatti, definì tali unità come «strutture territoriali ad alta integrazione multidisciplinare ed interprofessionale, in grado di dare risposte complesse al bisogno di salute delle persone»²⁸, con ciò consolidando le linee di fondo di politica sanitaria riconoscibili nella programmazione nazionale e ammettendo che il traguardo cui arrivare fosse la creazione di nuovi luoghi della sanità territoriale in cui operassero tutti professionisti del settore. Per altro verso, tuttavia, fu ribadito che per raggiungere simili risultati restava indispensabile non soltanto l'espressione di una volontà “collettiva” della professione, ovvero l'accordo regionale con le organizzazioni di catego-

²³ V. Allegato n. 2 all'accordo del 24 luglio 2004.

²⁴ Lo sviluppo dell'integrazione socio-sanitaria, anch'essa introdotta dalla riforma del 1999, rappresentava un'altra linea prioritaria degli accordi menzionati, certo non meno impegnativa dell'assistenza primaria e ad essa strettamente legata: in tema cfr. per tutti E. Rossi, *Il “socio-sanitario”: una scommessa incompiuta?*, su questa *Rivista*, 2018, n. 2, pp. 249 ss.

²⁵ Rilevanti in tal senso sono le esperienze toscana (con le unità di cure primarie) ed emiliana (con i nuclei di cure primarie), le quali, a partire dai primi anni Duemila, investiranno molto nello sviluppo del modello assistenziale della casa della salute, sulla quale v. *infra* nel testo.

²⁶ Che per l'UTAP venivano invece (seppur indicativamente) definiti in termini di numero ottimale dei professionisti al suo interno, dimensioni della popolazione di riferimento, numero di unità per ciascun distretto.

²⁷ E altresì della pediatria di libera scelta. Nel prosieguo si farà soprattutto riferimento alla medicina generale, ma gli sviluppi normativi concernenti quest'ultima devono intendersi, salvo precisazioni, validi anche per la pediatria di libera scelta.

²⁸ Art. 26 dell'Accordo collettivo nazionale sottoscritto il 20 gennaio 2005.

ria, ma anche la volontà individuale dei singoli professionisti, dovendo contare l'operatività delle nuove forme organizzative sulla libera adesione dei medici di medicina generale. Il che non faceva altro che prefigurare un percorso di attuazione non dissimile dal lento e barocco meccanismo di incentivazione già noto allo sviluppo dell'associazionismo.

L'Acn del 2005 (sempre all'art. 26) introduceva poi, dedicandole invero più attenzione (e aspettative) che all'UTAP, un'altra forma organizzativa fino ad allora assente nella contrattazione nazionale, l'équipe territoriale, mediante la quale le Regioni e le aziende sanitarie avrebbero potuto realizzare «forme di integrazione professionale dell'attività dei singoli operatori tra loro, la continuità dell'assistenza, la presa in carico del paziente e il conseguimento degli obiettivi e dei programmi distrettuali». Le previsioni dell'accordo mostravano un certo investimento di fiducia su questa figura, descrivendola sia come «strumento attuativo della programmazione sanitaria», sia come «momento organizzativo della medicina generale e delle altre discipline presenti nel distretto per la erogazione dei livelli essenziali e appropriati di assistenza e per la realizzazione di specifici programmi e progetti assistenziali di livello nazionale, regionale e aziendale», sia come forma organizzativa aperta alla partecipazione di tutte le figure professionali funzionali alla realizzazione delle attività affidate dall'art. 3-*quinquies* d.lgs. 502/1992 al distretto, ivi comprese dunque quelle afferenti all'integrazione socio-sanitaria, fino a farne uno strumento specifico per l'erogazione delle prestazioni ad elevata integrazione socio-sanitaria²⁹, nonché dotato di un proprio programma di lavoro convenuto tra professionisti e distretto. Inoltre, benché considerasse anche le équipes forme organizzative sperimentali, l'accordo introdusse l'obbligo di adesione alle medesime (art. 45, commi 3 e 4, lett. *a*), secondo un'impostazione innovativa rispetto alla tradizionale linea della facoltatività tenuta con riferimento all'associazionismo e, fino ad allora, anche rispetto all'integrazione organizzativa nei servizi territoriali. Nessun obbligo di adesione fu previsto per l'UTAP e le altre forme organizzative definite «strutturali», ovvero quelle che necessitano «di strutture, attrezzature, risorse umane e strumentali idonee» e che non prevedono (diversamente che quelle «funzionali» come le équipes) la possibilità in capo a «tutti i medici di parteciparvi» (art. 45, comma 3). Anzi, la previsione dell'obbligo nell'uno e non nell'altro caso fu ricollegato espressamente a questa diversa caratterizzazione dei due tipi di forme organizzative. Se, da un lato, non era irragionevole che ai professionisti fosse lasciata libertà di scelta in base alle sembianze concrete che il modello dell'Utap avrebbe potuto assumere nelle diverse situazioni regionali, dall'altro, la facoltatività della partecipazione a tali forme organizzative rappresentava obiettivamente un ostacolo all'implementazione delle stesse.

Quel che è certo è che la diffusione dell'équipe territoriale ebbe un buon seguito nei Ssr, assumendo essa la funzione auspicata di unità organizzativa di base della medicina generale e della pediatria di libera scelta a livello sub-distrettuale; risultato cui non è stata

²⁹ Per la cui definizione v. l'art. 3-*septies*, d.lgs. 502/1992.

indifferente anche una funzione di rappresentanza, a tutt'oggi, svolta dall'équipe presso il distretto e l'azienda sanitaria locale, esprimendo la stessa un proprio coordinatore individuato dai partecipanti. Esiti più limitati ha avuto invece il modello quanto a capacità di integrare nella medesima forma organizzativa le diverse professioni dell'assistenza primaria. Dopo questi passi avanti della programmazione nazionale e della contrattazione collettiva, da considerare unitamente alle sperimentazioni di autonomi modelli implementate o avviate da non poche Regioni all'interno dei propri Ssr, non mancarono segnali favorevoli circa la possibilità che la riorganizzazione dell'assistenza primaria incontrasse un'evoluzione territorialmente più estesa e relativamente più rapida che nel passato.

Nel giro di un triennio, nella quasi totalità delle Regioni vennero stipulati gli accordi integrativi dell'Acn del 2005³⁰ e a livello nazionale parve consolidarsi la volontà di Ministero e Regioni di avanzare in modo coordinato nell'implementazione di un nuovo sistema di sanità territoriale, facendo conto anche su di una elaborazione culturale più matura e diffusa e su di una visione di politica sanitaria più condivisa che in passato tra istituzioni e professioni, come emerse nella Conferenza nazionale sulle cure primarie tenutasi nel febbraio 2008³¹.

Negli atti ufficiali di questo periodo, la consapevolezza che il distretto come disegnato nella riforma del 1999 fosse divenuto realtà in poche esperienze regionali – per giunta, quelle che avevano tendenzialmente fatto da modello per la legislazione nazionale – era forte e, in tal senso, non veniva nascosta la necessità di accelerare i processi in corso e di recuperare il filo rosso di quella riforma. In tal senso, si riconosceva con chiarezza che al distretto mancasse ancora una massa critica sufficiente a bilanciare la rilevanza dell'ospedale nei processi assistenziali e in quelli di governo dei Ssr, anche in ragione dell'assenza di luoghi e strutture idonei a soddisfare la domanda di salute che, disorientata nel quadro frammentario della sanità territoriale, finiva per essere attratta nell'orbita dell'assistenza ospedaliera anche quando questa risposta fosse inappropriata³².

Per un verso, tali fattori condussero all'aggiornamento di obiettivi storici della Riforma e alla loro declinazione in un contesto profondamente mutato. La rinnovata strategia di inclusione in unico disegno organizzativo della sanità territoriale e dei servizi sociali, nella chiave dell'integrazione socio-sanitaria, va senz'altro in questa direzione. Per altro verso, la complessità di un simile disegno e la tendenza a evidenziarne la necessità di unitaria im-

³⁰ In oltre metà Regioni, per quanto concerne la medicina generale, tali accordi restano a tutt'oggi in vigore: v. *infra* nt. 41.

³¹ La Conferenza si tenne a Bologna il 25 e 26 febbraio 2008 (i numerosi materiali e interventi sono consultabili al seguente link: <http://salute.regione.emilia-romagna.it/documentazione/convegni-e-seminari/conferenza-nazionale-cure-primarie>). L'iniziativa, nelle forme istituzionali del 2008, non fu replicata. Più recentemente, l'Istituto superiore di studi sanitari "Giuseppe Cannarella" ha promosso (nel 2016 e nel 2017) una conferenza nazionale sull'assistenza primaria, la cui terza edizione si terrà nel novembre 2019.

³² Cfr. in questo senso le linee programmatiche del Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini intitolate "Un New Deal della Salute", illustrate dal Ministro della salute nell'audizione del 27 giugno 2006 presso la Commissione affari sociali della Camera dei deputati.

plementazione contribuirono a “sovraccaricare” la riorganizzazione dell’assistenza primaria, asse portante della sanità territoriale, di aspettative e soprattutto di funzioni ulteriori. Un esempio per molti aspetti paradigmatico delle virtù e dei difetti segnalati, nonché di questo “effetto paradossale”, riguarda il ruolo che in questo periodo assume nella programmazione sanitaria e nel dibattito di settore la figura della casa della salute³³.

Comparsa nella legislazione nazionale con l’asciutta disposizione della finanziaria per il 2007 finalizzata al cofinanziamento dei progetti regionali volti alla sperimentazione di questo modello assistenziale³⁴, la casa della salute viene definita in un successivo decreto ministeriale³⁵ come una «struttura polivalente in grado di erogare in uno stesso spazio fisico l’insieme delle prestazioni socio-sanitarie, favorendo, attraverso la contiguità spaziale dei servizi e degli operatori, l’unitarietà e l’integrazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociosanitarie», nonché in grado di rappresentare il centro «di riferimento per l’erogazione dell’insieme delle cure primarie». In capo a questa figura le dettagliate linee guida ministeriali assommavano obiettivi strategici e contenuti di ampio spettro: prevenzione, multiprofessionalità, punto unico di accesso a servizi sanitari territoriali e socio-assistenziali, risposta immediata alle esigenze del paziente (significativa in tal senso la previsione della collocazione all’interno della struttura del punto di soccorso mobile 118, di tecnologie adeguate per la diagnostica di base, del centro unico di prenotazioni), telemedicina e teleconsulto, collegamento diretto con altre strutture territoriali (RSA, Ospedali di comunità, centri diurni), «l’ospedalizzazione a domicilio e l’umanizzazione delle cure», «la partecipazione democratica» attraverso il contributo di «cittadini e associazioni di tutela dei pazienti» alla programmazione dei servizi e delle attività» e alla valutazione dei «risultati ottenuti in termini di salute e di benessere percepito»³⁶.

Si tratta in tutta evidenza di un condensato di problemi e strumenti la cui soluzione e implementazione interpella il concorso di fattori molteplici ed eterogenei, nonché l’attivazione di processi che vanno ben oltre la realizzazione delle case della salute, ferma l’opportunità indiscutibile di considerare tale struttura come un centro aggregatore di simili strumenti e, dunque, come un veicolo per la soluzione di alcuni di quei problemi. Si aggiunga che aver posto con meritoria chiarezza il problema dei “luoghi” dell’assistenza territoriale e aver indicato l’aggregazione presso i medesimi come soluzione ottimale per la strutturazione di una sanità territoriale all’altezza dei bisogni di salute delle comunità e in grado di supportare la stessa riorganizzazione della rete ospedaliera (anche mediante

³³ Per una panoramica recente e a più voci S. LANDRA, F. PRANDI, M. RAVAZZINI (a cura di), *La salute cerca casa*, Roma, Derive e Approdi, 2019 e, all’interno del volume, spec. il contributo di R. BALDUZZI, *La risposta della normativa e nel dibattito politico in Italia*. In questa *Rivista* v. l’intervento di F. RIBOLDI, *Verso un Welfare di comunità sostenibile: la sfida possibile delle Case della Salute/Case della Comunità*, pubblicato sul n. 3/2018.

³⁴ Art. 1, comma 806, lett. a), l. 296/2006.

³⁵ Decreto del ministro della salute 10 luglio 2007.

³⁶ Le citazioni testuali sono tratte dalle linee guida contenute nell’allegato al decreto ministeriale menzionato nella nota precedente.

la riconversione dei piccoli nosocomi) avrebbe implicato l'avvio di un piano di edilizia sanitaria di vasto respiro; il quale, invece, mancò³⁷.

Senza poter ampliare lo sguardo ad altri elementi di contesto che avrebbero di lì a poco modificato notevolmente il panorama del regionalismo sanitario (*in primis* l'avvio in quegli anni dei piani di rientro e, di poco successiva, l'apertura di un ciclo di finanza pubblica restrittivo) e tornando ai profili qui più rilevanti, va detto che il disegno programmatico poc'anzi delineato ribadiva la centralità del ruolo della medicina generale e considerava l'integrazione delle relative forme associative nell'organizzazione distrettuale come leva della trasformazione auspicata. Tuttavia, esso tendeva a perdere di vista alcuni limiti rinvenibili nelle regole da poco introdotte dall'Acn 2005 e nella medesima programmazione nazionale.

Il primo limite risiedeva nella mera volontarietà della partecipazione dei medici e dei pediatri di base (come degli altri professionisti convenzionati) alle forme organizzative «strutturali» dell'assistenza primaria. Infatti, benché da quel disegno riformatore emergesse la centralità dei “nuovi luoghi” dell'assistenza territoriale e per la realizzazione di questi fosse essenziale lo sviluppo delle forme organizzative strutturali dell'assistenza primaria, tale processo veniva lasciato al mero meccanismo dell'incentivazione, aggiungendo peraltro problema a problema, richiedendo tale meccanismo ulteriori risorse, oltre a quelle ancor più cospicue necessarie per gli spazi fisici in questione.

In secondo luogo, non era stato messo a tema il problema del coordinamento (anzitutto normativo) tra forme associative della medicina generale (e degli altri professionisti convenzionati) e forme organizzative dell'assistenza primaria. Anzi, l'accordo del 2005 non era privo di contraddizioni e ambiguità a questo riguardo, ad esempio quando, dopo aver definito le équipes (al pari delle Utap) come forme organizzative (art. 26) distinte dalle forme associative (v. spec. art. 67, cc. 1, 4, e 18), le considera più di una volta (benché incidentalmente) forme associative complesse (artt. 47, c. 2; 48, c. 6; 70, c. 4), pur non annoverandole nell'elenco di cui all'art. 54, dedicato alla disciplina base delle forme associative dell'assistenza primaria.

Non da ultimo, restava sostanzialmente intatto il problema della continuità assistenziale, la cui concreta realizzazione proseguiva ad essere affidata a una pluralità di figure professionali e a una sequenza organizzativa tanto frammentata da rendere la continuità meramente nominalistica. È vero che l'implementazione di modelli fortemente integrati e incentrati su di una sede unica, come l'UTAP, offriva una soluzione potenzialmente definitiva al problema, in base alla semplice intuizione che la concentrazione fisica e il coordinamento orga-

³⁷ Il punto, dunque, è che la casa della salute rappresenta il risultato finale di un processo complesso, che non a caso è stato realizzato con successo in Regioni che più di altre avevano da tempo organizzato efficacemente i servizi distrettuali. In tal senso, l'esperienza di punta è probabilmente quella dell'Emilia Romagna, dove nel 2018 si contavano ben 105 case della salute attive (v. il report su *Le case della salute in Emilia-Romagna 2018*, p. 3, consultabile al link: <https://salute.regione.emilia-romagna.it/cure-primarie/casedellasalute/documentazione-case-della-salute/rapporti-1>).

nizzativo in una medesima struttura di tutte le figure responsabili dell'assistenza e la loro organizzazione su di un'attività "h 24" avrebbe raggiunto sostanzialmente l'obiettivo. Eppure, è altrettanto vero che non veniva progettato il percorso funzionale a raggiungere tale obiettivo. Una simile progettazione avrebbe richiesto di immaginare un cammino graduale, ad esempio mediante l'estensione oraria dell'attività di ambulatorio aperto al pubblico dovuta dai professionisti e sostenibile mediante una più effettiva integrazione del loro lavoro nelle forme associative; ma ancor prima essa avrebbe dovuto chiarire il ruolo, nel nuovo assetto di competenze, dei medici di continuità assistenziale, la cui figura e le cui funzioni erano state pensate proprio in relazione ai fabbisogni di un modello di continuità che si intendeva superare. E, mentre il disegno di quel cammino graduale poteva intendersi almeno tendenzialmente demandato alla contrattazione di livello regionale, il chiarimento sul ruolo del medico di continuità spettava senz'altro a quella di livello nazionale.

4. Dall'accordo collettivo nazionale del 2009 alla riforma del 2012

Dei problemi segnalati, il rinnovo dell'Accordo collettivo nazionale della medicina generale firmato il 27 maggio 2009, che modificò e integrò estesamente l'accordo del 2005, affrontò essenzialmente il primo, prevedendo che la partecipazione dei medici alle forme organizzative dell'assistenza primaria fosse obbligatoria³⁸. L'obbligo si rivolgeva però a due forme organizzative che il medesimo accordo introduceva *ex novo*: l'aggregazione funzionale territoriale (Aft) e l'unità complessa di cure primarie (Uccp)³⁹.

Tra le due forme organizzative corre una differenza fondamentale, la quale va presa in considerazione anche nel confronto con quelle che, introdotte nel 2005 (l'équipe territoriale e l'Utap), sono conservate nel testo dell'accordo. L'Aft viene configurata come un'aggregazione monoprofessionale⁴⁰, quale strumento per realizzare «alcune fondamentali condizioni per l'integrazione professionale delle attività dei singoli medici di medicina generale per il conseguimento degli obiettivi di assistenza», mentre l'Uccp come un'organizzazione multiprofessionale costituita dai medici convenzionati, che «si avvale eventualmente di altri operatori amministrativi, sanitari e sociali» e svolge «funzioni di base», tra le quali «realizzare nel territorio la continuità dell'assistenza, 24 ore su 24 e 7 giorni su 7, per garantire una effettiva presa in carico dell'utente a partire in particolare dai pazienti cro-

³⁸ Per le sostanzialmente identiche previsioni concernenti la pediatria di libera scelta, da un lato, e gli specialisti ambulatoriali e gli altri professionisti convenzionati, dall'altro, vedi i rispettivi accordi collettivi nazionali firmati nella medesima data.

³⁹ V. gli artt. 26-*bis* e 26-*ter* dell'Acn (testo consolidato). Vale anche sotto questo profilo la precisazione di cui alla nota precedente: per l'Acn della pediatria v. gli artt. 26-*bis* e -*ter*, per quello della specialistica v. gli artt. 30-*bis* e 31-*bis*.

⁴⁰ Tale qualificazione sarà espressamente prevista dal legislatore con l'art. 1 del d.lgs. 158/2012, così come quella di "multiprofessionale" per l'Uccp.

nici». Inoltre, le due nuove forme organizzative rispondono alla tipologia, già fatta propria dalla precedente versione dell'accordo, che distingueva tra forme organizzative funzionali e strutturali.

Mentre quest'ultima distinzione però consente un parallelo tra Aft ed équipe territoriale, da un lato, e Utap e Uccp, dall'altro, la monoprofessionalità delle Aft si contrappone alla multiprofessionalità delle équipes, nonché delle Utap e delle Uccp. Inoltre, mentre tanto le équipes quanto le Utap venivano individuate come strumenti della continuità assistenziale, le nuove disposizioni contrattuali concentrano questo compito essenzialmente in capo alle Uccp, cui è espressamente attribuita tale funzione.

L'introduzione delle due nuove forme organizzative pareva così rispondere a un tentativo di razionalizzazione e di semplificazione dei modelli in questione, da conseguirsi intorno a due figure incentrate, la prima, sul carattere monoprofessionale e funzionale, la seconda, sul carattere multiprofessionale e strutturale. Un tentativo, questo, obiettivamente supportato dalla previsione dell'obbligo di adesione ad entrambe le forme organizzative, dall'abbandono (almeno lessicale) della logica della sperimentazione e, tutto sommato, anche dal maggior grado di dettaglio e di forza vincolante che l'accordo nazionale ostentava nei confronti della contrattazione di livello regionale. Per altro verso, tuttavia, siffatto tentativo risultava incompleto, non autosufficiente alla razionalizzazione e semplificazione che avrebbe inteso imprimere, poiché non affrontava la questione del rapporto tra forme organizzative e forme associative, aggiungendo anzi il problema del rapporto tra le "vecchie" e le "nuove" forme organizzative. È vero che rispetto a quest'ultimo profilo, risulta piuttosto chiaro che l'accordo perseguisse implicitamente una logica di sostituzione delle seconde alle prime, ma questo processo (eventuale) veniva ancora una volta demandato alle cure degli accordi integrativi regionali, i quali costituivano del resto strumenti attuativi essenziali per la complessiva implementazione di questo nuovo assetto organizzativo, anche perché necessariamente presupposti agli ulteriori atti rimessi alle Regioni e alle aziende sanitarie.

All'accordo del 2009 fece seguito una debole risposta da parte della contrattazione regionale, tanto che ancora oggi – quando, invero, è già emersa l'esigenza, a causa della riforma legislativa del 2012, di un aggiornamento dell'accordo nazionale – esso risulta largamente inattuato⁴¹.

⁴¹ Dopo l'Acn 2009, infatti, soltanto dieci Regioni hanno adottato modifiche degli accordi integrativi dell'Acn 2005 concernenti la medicina generale (i numeri salgono con riferimento alla pediatria di libera scelta e alla specialistica; fonte dati ufficiali: Sisac – Struttura interregionale sanitari convenzionati). Dei nuovi accordi integrativi ve ne sono due (Basilicata e Lombardia) che non contemplano espressamente le nuove forme organizzative dell'Aft e dell'Uccp ed altri due (Friuli Venezia Giulia e Puglia) che accennano meramente alle aggregazioni territoriali funzionali. Tre accordi integrativi (Emilia Romagna, Sicilia, Valle d'Aosta) si occupano invece dell'attuazione delle nuove forme organizzative, benché secondo soluzioni diverse (ad es. l'Emilia Romagna tende ad una conservazione del proprio assetto organizzativo, considerando i nuclei di cure primarie come sostanzialmente corrispondenti alle Aft, mentre gli accordi valdostano e siciliano contengono una disciplina più estesa delle nuove forme organizzative). Soltanto tre accordi, diversamente da quelli precedentemente menzionati, risultano stipulati successivamente all'entrata in vigore della riforma del 2012 (Cam-

È in questo quadro che, a tre anni dall'Acn in discorso, intervenne il legislatore. Come noto, la disposizione che più specificamente riguardò l'assistenza primaria è l'art. 1 del decreto-legge n. 158/2012 (conv. l. 189/2012), il quale, unitamente al n. 95/2012 (conv. l. 135/2012; in particolare v. art. 15) e ad alcuni altri provvedimenti legislativi e regolamentari di quell'anno, è considerato il veicolo di una complessiva "riforma" del sistema sanitario, lungo una linea evolutiva che lo rende in tal senso accostabile ai precedenti interventi del 1992-93 e del 1998-99⁴². Come si vedrà, è l'inserimento delle nuove norme sull'assistenza primaria in un quadro più ampio, in effetti, che consente di valutare complessivamente tale intervento legislativo.

L'articolo 1 in parola si muove tra consolidamento e innovazione sia con riferimento alla disciplina demandata agli accordi collettivi nazionali della medicina convenzionata sia con riferimento ai principi fondamentali della materia vincolanti la potestà legislativa regionale. Proprio nella ricerca di un reciproco supporto tra disciplina attuativa regionale e contrattazione collettiva e di una mutua sollecitazione tra le due fonti, ben visibile fin dalla tecnica legislativa utilizzata, è riconoscibile il cambio di passo che il legislatore intendeva imprimere all'organizzazione dell'assistenza primaria e, più in generale, della sanità territoriale. Resta il fatto, implicato sia dall'assetto costituzionale della materia sia dalla cristallizzazione nella legislazione del c.d. modello convenzionale, che il disegno riformatore tracciato dall'art. 1 fosse consegnato a quel doppio livello di attuazione, che, nel caso della contrattazione collettiva, avrebbe dovuto affrontare a sua volta un ulteriore svolgimento dal piano nazionale a quello regionale.

Che il legislatore statale, il quale era tenuto altresì a ponderare il proprio intervento in considerazione dei caratteri propri dell'atto d'urgenza veicolante la disciplina in questione⁴³, fosse consapevole della necessaria cooperazione da parte di Regioni e professioni sembra però evidenziato dalla scelta di anzitutto assecondare il percorso già intrapreso dall'Acn del 2009, confermandone i contenuti maggiormente qualificanti. Va in tal senso, l'attrazione alla fonte legislativa delle nuove forme organizzative dell'Aft e dell'Uccp. Da un lato, la loro previsione da parte degli accordi collettivi nazionali con la medicina convenzionata è inserita tra i principi di cui alle nuove lettere *b-bis*) e seguenti introdotte

pania, Toscana, Veneto) e mostrano tre livelli di attuazione significativamente diversi: quello toscano reca una disciplina di piena attuazione dei modelli organizzativi dell'Acn 2009 ora "legificati" dal d.l. 158/2012; quello campano tende ad adattare tali modelli al proprio assetto, ma non si sottrae a cambiamenti del medesimo; quello veneto mostra di voler attuare pienamente il modello delle Aft, mentre con riferimento alle Uccp tende a mantenersi entro il proprio assetto che aveva valorizzato e ancora valorizzerà le medicine di gruppo, le quali vengono impropriamente considerate equivalenti funzionali delle unità complesse di cure primarie.

⁴² In tal senso, v. spec. D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le riforme della Riforma*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 595 ss.

⁴³ A questo proposito, va ritenuto coerente il tentativo di assegnare una tempistica predeterminata al procedimento di revisione degli accordi collettivi nazionali e alla successiva stipula degli integrativi regionali (v. art. 1, c. 6). Circa la scelta di prevedere poi una disciplina regolamentare cedevole in caso di ritardo (v. art. 1, c. 7), la quale rispondeva ugualmente a una logica di urgenza (e mostrava consapevolezza circa la possibilità di fallimento di un percorso sostanzialmente già in ritardo da anni), si tornerà nel par. 5.

nel testo dell'art. 8 d.lgs. 502/1992, con ciò rafforzando la scelta condivisa dalle categorie professionali tre anni prima, la quale viene altresì corroborata dall'introduzione del principio di obbligatoria adesione a tali forme organizzative. Dall'altro lato, le Aft e le Uccp divengono i modelli organizzativi di riferimento per la legislazione regionale chiamata a riorganizzare l'assistenza territoriale.

La "legificazione" di queste forme organizzative reca con sé non secondarie innovazioni e precisazioni.

Delle Aft e delle Uccp, infatti, il legislatore delinea essenziali tratti funzionali e strutturali e, con riferimento alle seconde, va sottolineata l'apertura a modalità diversificate di organizzazione, tutte valide purché in grado di assicurare effettivamente la continuità assistenziale. Così, oltre a precisare che tale diversificazione dipende dalle variabili strettamente territoriali (aree metropolitane, a popolazione sparsa, isole minori), le nuove norme indirizzano le Regioni a disciplinare le Uccp «privilegiando la costituzione di reti di poliambulatori territoriali dotati di strumentazione di base, aperti al pubblico per tutto l'arco della giornata, nonché nei giorni prefestivi e festivi con idonea turnazione, che operano in coordinamento e in collegamento telematico con le strutture ospedaliere»; il che sembra offrire una prospettiva realistica di attuazione anche a quelle realtà territoriali in cui, per molteplici ragioni – ivi comprese quelle dei vincoli finanziari, generali o specificamente connessi alla sottoposizione a piano di riqualificazione e rientro –, non si era avviata e risultava di difficile implementazione la concentrazione delle Uccp in medesimi luoghi fisici appositamente riconvertiti o realizzati, secondo il modello delle case della salute.

Inoltre, muta di segno anche il carattere monoprofessionale delle Aft. Una delle maggiori – e ancora oggi più gravemente inattuata – innovazioni della riforma del 2012 è l'istituzione del ruolo unico della medicina generale, la quale implica la distinzione non più per ruoli ma per figure professionale tra medici di medicina territoriale e medici di continuità assistenziale, nonché (in prospettiva) la flessibilizzazione delle regole di remunerazione a quota oraria degli uni e degli altri (elemento chiave per favorire, in un contesto di carenza di personale⁴⁴, la programmazione di una turnazione effettivamente adatta ad assicurare la continuità della copertura assistenziale sulle 24 ore e sui 7 giorni della settimana).

Da non trascurare anche la precisazione che l'obbligo di adesione in capo ai singoli professionisti convenzionati vale nei confronti dell'assetto organizzativo definito dalle Regioni ma altresì del sistema informativo sul quale il legislatore mostra investire una buona parte

⁴⁴ Con riferimento a questo, relevantissimo, problema va segnalata anche la previsione di cui al comma 5 dell'art. 1 in commento. Tale disposizione legislativa ha per prima segnalato una delle questioni più gravi che pesano oggi sul Ssn, come quella dell'insufficienza del sistema di formazione e di reclutamento dei medici rispetto alla pressante esigenza di *turn over* imposto dal crescente numero di professionisti giunti all'età del collocamento a riposo. Dal 2012 ad oggi la situazione si è aggravata con riferimento tanto agli specialisti quanto ai medici di medicina generale, tanto da condurre alle (controverse) previsioni eccezionali e derogatorie del c.d. Decreto Calabria (d.l. n. 35/2019, conv. l. 60/2019) in tema di ingresso anticipato in servizio dei medici in formazione. La questione, peraltro, è tra quelle che attualmente più incide sull'andamento della contrattazione collettiva con la medicina generale: cfr. il testo della pre-intesa del 6 settembre 2019 cui si accenna anche oltre nel testo.

di aspettative circa la concreta realizzabilità dell'integrazione dei processi di lavoro e di assistenza.

Se queste previsioni, nel loro complesso, conducono a ritenere che l'esigenza di rendere effettivo il principio di continuità assistenziale sia stata posta al centro dell'intervento legislativo e ad essa si sia ricercata una risposta mediante la configurazione di strumenti pertinenti (realizzabilità delle Uccp mediante reti poliambulatoriali, ruolo unico, sistema informativo, ecc.), nulla è disposto con riferimento alla razionalizzazione del rapporto tra forme organizzative e forme associative, anche se più chiara appare la prospettiva di una necessaria conformazione delle seconde alle prime.

Il legislatore del 2012, come si accennava, non si limita alla riforma dell'assistenza primaria, ma incide complessivamente sul rapporto tra la riorganizzazione dei servizi territoriali e quella dei servizi ospedalieri. Come si è documentato più sopra, la redistribuzione delle risorse e delle risposte ai bisogni di salute dall'ospedale a favore dei servizi territoriali rappresenta un indirizzo di politica sanitaria originario della Riforma ed è stato rimesso al centro della programmazione sanitaria fin dal Psn 1998-2000. Così come va ricordato che con l'aziendalizzazione del Ssn e la linea di tendenza costante nei Ssr all'estensione delle dimensioni delle aziende sanitarie, in molte Regioni si è assistito a periodiche ristrutturazioni della rete ospedaliera, che ha portato alla chiusura o alla riconversione delle strutture più periferiche o di minore dimensione; il che, nelle Regioni che meglio hanno governato questa trasformazione, ha altresì significato la valorizzazione delle vecchie strutture nella nuova rete della sanità territoriale. Tuttavia, il contributo che il legislatore del 2012 dà a questo processo fa leva su di uno strumento quantitativamente e qualitativamente diverso dal passato. Infatti, con l'art. 15 del d.l. 95/2012 (conv. l. 135/2012) viene dato avvio all'adozione dei c.d. standard ospedalieri, i quali sono stati poi definiti con il decreto ministeriale n. 70/2015. Pur in mezzo a qualche traversia normativa⁴⁵, la fissazione degli standard ha determinato e sta determinando a tutt'oggi una sostanziale revisione delle dotazioni di posti letto negli ospedali e una connessa riorganizzazione a rete dei relativi servizi, consentendo alle Regioni che già avevano effettuato o avviato proprie azioni di riordino di implementarle secondo parametri e criteri convenuti a livello nazionale⁴⁶, nonché imponendo alle Regioni che meno erano riuscite ad intaccare il proprio sistema ospedaliero di intraprendere la razionalizzazione dello stesso in base a standard condivisi. Nel complesso, la riorganizzazione provocata dall'introduzione degli standard ospedalieri

⁴⁵ Circa tali vicende normative, spunti ricostruttivi in D. SERVETTI, *Livelli essenziali, standard ospedalieri e riduzione dei posti letto: note a margine della sentenza della Corte n. 231 del 2017, rileggendo la n. 125 del 2015*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1. Per approfondimenti e commenti, da parte di responsabili istituzionali e operatori della sanità relativi al regolamento sugli standard ospedalieri e all'operazione di sistema con esso veicolata cfr. il numero monografico della rivista *Monitor* dedicato al tema (n. 38, anno 2015).

⁴⁶ Non è fuori luogo ricordare (anche alla luce del contenzioso costituzionale presupposto: v. C. cost., sent. n. 134/2006) che il regolamento viene adottato previa intesa stipulata in Conferenza Stato-Regioni.

ha portato e sta portando ad un ridimensionamento dell'offerta ospedaliera⁴⁷ e, dunque, sta determinando un contesto favorevole all'effettiva possibilità delle Regioni di spostare risorse dall'ospedale al territorio⁴⁸, secondo una dinamica che dovrebbe risultare tanto accelerata quanto maggiore sia la necessità di fornire mediante l'assistenza distrettuale risposte in precedenza fornite, con minori livelli di appropriatezza, presso i servizi ospedalieri.

5. La mancata attuazione della riforma da parte della contrattazione collettiva: l'omessa revisione degli accordi della medicina generale e della pediatria di libera scelta quale principale fattore di blocco

L'attuazione della riforma del 2012 non si è svolta nei tempi e nei modi previsti dal legislatore⁴⁹.

L'articolo 1 del d.l. 158/2012 conv., al comma 6, prevedeva un termine di centottanta giorni per l'adeguamento (a risorse invariate⁵⁰) degli accordi collettivi nazionali, a seguito del quale venivano assegnati novanta giorni per la stipula degli accordi integrativi regionali. In mancanza di questi adempimenti, il comma 7 stabiliva l'emanazione, su parere della Conferenza Stato-Regioni e delle organizzazioni rappresentative dei medici convenzionati, di un decreto del ministro della salute (di concerto con quello dell'economia e finanze) recante disposizioni per l'attuazione in via provvisoria dei principi che gli stessi accordi avrebbero dovuto recepire.

⁴⁷ Se questa è la linea tendenziale, va tenuto conto che gli standard configurano uno strumento complesso, formato da plurimi parametri la cui applicazione non determina necessariamente una diminuzione dei posti letto *tout court*: in particolare si è verificato in più di una Regione che l'applicazione degli standard abbia evidenziato un eccesso di posti letto per acuti, ma una carenza di posti letto per riabilitazione e trattamenti *post acuzie*. Circa l'importanza di non perdere di vista questo meccanismo al fine di non incorrere in interpretazioni distorte dei vincoli derivanti dal regolamento del 2015 all'autonomia regionale, v. D. SERVETTI, *Livelli essenziali*, cit., spec. pp. 71-76.

⁴⁸ Al proposito è rilevante altresì la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 1, d.l. 158/2012 conv., concernente la mobilità del personale.

⁴⁹ In generale, sull'attuazione della riforma, v. C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, con prefazione di Renato Balduzzi.

⁵⁰ Ai sensi del menzionato comma 6, infatti, il rinnovo degli accordi nazionali avrebbe dovuto avvenire, infatti, nel limite dei livelli remunerativi fissati da quelli vigenti e la stipula degli accordi integrativi regionali non avrebbe dovuto comportare ulteriori oneri per le finanze pubbliche.

Gli accordi della medicina generale e della pediatria di libera scelta⁵¹ non sono stati rinnovati entro i termini previsti⁵² né si è proceduto con la normativa provvisoria demandata al decreto ministeriale. Inoltre, l'inattuazione da parte della contrattazione collettiva permanente a tutt'oggi, poiché il rinnovo degli accordi nazionali intervenuto nel 2018, il quale ha puntualmente modificato soltanto alcune disposizioni del "consolidato" 2005-2009, non ha lambito le norme concernenti le forme organizzative dell'assistenza primaria né ha dato seguito all'istituzione del ruolo unico.

Quest'ultimo può considerarsi probabilmente il nodo principale della questione, perché connesso ai profili sia organizzativi sia finanziari del cambiamento richiesto alla medicina generale.

L'attuazione del ruolo unico, infatti, comportando il superamento della distinzione tra medico di medicina generale e medico di continuità assistenziale e tra le aree di attività di rispettiva pertinenza ai sensi della contrattazione collettiva (assistenza primaria e continuità assistenziale), implica a catena una serie di conseguenze, come la revisione degli orari di lavoro e la rimodulazione del sistema di remunerazione dei medici convenzionati, in vista del risultato finale perseguito: quella *continuità*, che può essere effettivamente garantita soltanto da un'organizzazione della medicina generale che colmi i vuoti di assistenza, eviti le cesure informative, semplifichi i canali di primo accesso alle cure e renda quanto più possibile omogenea sul territorio e nell'arco della giornata e della settimana la risposta offerta al paziente. Con tutto ciò che ne deriva in termini di minori accessi inappropriati ai pronto soccorso e, in genere, ai servizi ospedalieri.

È evidente che l'applicabilità di un sistema di remunerazione basato su di una combinazione variabile di quota capitaria e tariffe orarie per tutte le figure comprese nel nuovo ruolo unico (c.d. delle cure primarie), da un lato, e l'introduzione di turnazioni e orari più estesi che rendano effettiva la copertura dei fabbisogni di assistenza rappresentano due fattori il cui carattere "rivoluzionario" varia molto da territorio a territorio, a seconda del grado di implementazione dell'associazionismo, dell'efficienza delle équipes e della diffusione delle forme organizzative strutturali (dall'Utapi alle case della salute) raggiunto nelle singole Regioni e nelle singole aziende, ma nel complesso richiedono comunque un

⁵¹ Un diverso discorso riguarda la specialistica ambulatoriale, il cui accordo collettivo nazionale ha recepito le novità della riforma del 2012 già in occasione del rinnovo intervenuto nel 2015. A riprova che la stasi che invece interessa la medicina generale e la pediatria di libera scelta costituisca un fattore di blocco determinante, può notarsi la circostanza che il rinnovo dell'accordo nazionale della specialistica abbia consentito in diverse Regioni la stipula degli accordi integrativi e che questi abbiano conseguentemente permesso anche una più chiara programmazione regionale delle Aft riguardanti queste figure di personale. Resta il fatto che, pur svolgendo gli specialisti ambulatoriali un ruolo essenziale nell'organizzazione delle cure primarie, l'ossatura del sistema è pur sempre rappresentata dalla medicina generale e dalla pediatria di libera scelta, senza la cui riorganizzazione – come si argomenterà oltre nel testo – la riforma dell'assistenza primaria resta in mezzo al guado.

⁵² Va considerato che gli accordi nazionali della medicina generale e della pediatria di libera scelta stipulati il 21 giugno 2018, pur avendo modificato numerose disposizioni dell'Acn 2009, non hanno interessato le norme concernenti le nuove forme organizzative né hanno sostanzialmente recepito i principi della riforma del 2012.

cambiamento culturale notevole presso la medicina convenzionata, nonché l'acquisizione di una capacità di governo superiore da parte della direzione di distretto nei confronti dei servizi territoriali.

Il fatto che la revisione dell'Acn della medicina generale del 2018 e finanche la recentissima pre-intesa del 6 settembre 2019 non affrontino il nodo del ruolo unico rende oggi, a sette anni di distanza, assai problematica ogni previsione sull'attuazione della riforma del 2012.

La mancata partenza del ruolo unico (intesa come comprensiva degli ulteriori cambiamenti sopra menzionati) si ripercuote negativamente anche sull'implementazione delle nuove forme organizzative "legificate" dal d.l. 158/2012. Da un certo punto di vista, poiché il legislatore faceva proprie due figure già presenti da oltre tre anni nell'Acn, si può ritenere che su questo versante la responsabilità del lento e incerto percorso di realizzazione delle Aft e delle Uccp sia soprattutto imputabile alle Regioni. E, come si vedrà oltre, è in buona parte così, benché con l'avvertenza che qualsiasi valutazione deve tener conto del sistema regionale nel quale vengono calate queste due forme organizzative, visto il notevole divario che esiste tra Regioni che hanno adottato (e fanno funzionare) un autonomo modello e Regioni che non lo hanno adottato (o in cui non funziona). Da un altro punto di vista, tuttavia, la latitanza della contrattazione collettiva complica non poco la concreta implementazione delle Uccp e, specialmente, delle Aft. Infatti, benché l'art. 1 d.l. 158/2012 paia concentrare soprattutto in capo alle unità complesse la funzione di garantire la continuità assistenziale, per come il rapporto tra le due forme organizzative è stato sviluppato nel Patto per la salute 2014-2016 ed è rinvenibile anche nella documentazione preparatoria del futuro Acn⁵³, le Aft dovrebbero svolgere una funzione chiave nel prestare tale garanzia. Esse dovrebbero rappresentare l'unità organizzativa di base della medicina generale, in grado di assicurare una continuativa assistenza primaria nei confronti di un bacino di popolazione predefinito. In altri termini, le Aft dovrebbero essere, in quest'ottica, autosufficienti a offrire tale copertura, dovendo poi ricollegarsi ciascuna di esse ad una Uccp di riferimento, la quale, a seconda delle concrete sembianze organizzative della Uccp (rete di ambulatori, sede principale con sedi collegate, sede unica sul modello "casa della salute", ecc.), può rappresentare il luogo in cui il paziente trova risposta a bisogni via via più complessi. Va da sé che una simile configurazione delle Aft, oltre a presupporre l'adesione alle medesime di medici già afferenti al ruolo unico, può essere implementata soltanto nel momento in cui si siano adottate nuove regole su remunerazione e orari⁵⁴. Inoltre, il

⁵³ Per quanto riguarda il Patto per la salute 2014-2016 (adottato con l'intesa Stato-Regioni del 10 luglio 2014), la disposizione rilevante è l'art. 5. Per quanto riguarda la documentazione preparatoria del nuovo e non ancora approvato Acn, può farsi riferimento specialmente al documento (sottoscritto il 13 aprile 2016) integrativo dell'atto di indirizzo per la medicina convenzionata deliberato il 12 febbraio 2014 dal Comitato di settore per il Comparto Regioni-Sanità.

⁵⁴ Su questi aspetti risulta particolarmente utile e chiara l'analisi dello *status quaestionis* offerta dalla Federazione italiana dei medici di medicina generale nel documento depositato presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato a seguito dell'audizione dei rappresentanti dell'associazione professionale svoltati il 2 agosto 2016, nell'ambito dell'Indagine

ritardo della contrattazione collettiva è d'ostacolo all'attuazione regionale anche per gli aspetti che riguardano il rapporto tra le nuove forme organizzative e l'associazionismo. Il Patto per la salute 2014-2016, chiarendo un profilo che il legislatore del 2012 lasciava in ombra, ha infatti stabilito che l'implementazione delle Aft e delle Uccp dovrebbe portare al completo superamento non solo delle precedenti forme organizzative, ma soprattutto delle precedenti forme associative della medicina convenzionata⁵⁵: operazione, questa, che risulta giuridicamente complessa senza una impegnativa revisione delle relative disposizioni dell'Acn.

Sotto questo profilo, il percorso prefigurato dal d.l. 158/2012 recava in sé alcune obiettive fragilità rispetto alla capacità di imprimere una accelerazione alla contrattazione collettiva, sia perché, imponendo l'invarianza delle risorse a disposizione, implicava una redistribuzione delle medesime senza nuovi incentivi⁵⁶, sia perché il "dispositivo normativo" che avrebbe dovuto ovviare al mancato rinnovo degli accordi si profilava di non agevole implementazione. Del resto, stanti i caratteri del sistema convenzionale, è difficile immaginare strumenti alternativi all'apposizione di un termine acceleratorio sanzionato dalla previsione di una disciplina suppletiva ad efficacia provvisoria.

6. La problematica attuazione della riforma da parte delle Regioni, tra eterogeneità dei modelli regionali di sanità territoriale, ambiguità delle scelte programmatiche, attesa dello sblocco della contrattazione collettiva

Se l'*impasse* in cui resta confinata la riforma sembra allora interpellare primariamente la responsabilità della medicina convenzionata, paiono limitati anche i progressi sul versante dell'attuazione regionale.

Le indagini (invero rare) condotte dalla dottrina giuridica circa l'attuazione della riforma nelle Regioni si sono concentrate soprattutto sul recepimento delle nuove forme organizzative dell'Aft e dell'Uccp⁵⁷.

conoscitiva sulla sostenibilità del Servizio sanitario nazionale con particolare riferimento alla garanzia dei principi di universalità, solidarietà ed equità".

⁵⁵ V. art. 5, c. 3, dell'intesa Stato-Regioni 10 luglio 2014.

⁵⁶ Ma anche senza decurtazioni: si rammenti il contesto di finanza pubblica in cui avvenne l'approvazione del decreto-legge n. 158/2012.

⁵⁷ In questa sede sono prese a riferimento le analisi di D. ARGENIO HUPPERTZ, *L'applicazione regionale della riforma Balduzzi in materia di cure primarie*, in C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, cit., e di E. JORIO, *La riforma "mancata" dell'assistenza primaria*, in *Quotidianosanità.it*, 18 ottobre 2018.

In effetti, nella parte in cui il legislatore introduce una disciplina di principio dell'organizzazione dell'assistenza primaria prima assente dalla legislazione quadro statale, l'obiettivo della riforma è quello di conformare tale organizzazione, spettante alle Regioni a titolo di competenza concorrente, ad alcuni principi che consentano una maggiore omogeneità a livello nazionale e riducano quella variabilità territoriale che può ostacolare insieme alla tutela uniforme del diritto alle cure primarie, anche la stessa valutazione secondo criteri uniformi della tutela prestata. L'introduzione di due modelli organizzativi infradistrettuali, quali sono le Aft e le Uccp, rispondenti a minimi requisiti comuni e suscettibili anche per espressa previsione legislativa di essere declinati in base alle concrete caratteristiche territoriali (geografiche, epidemiologiche, organizzative, ecc.) non pare dissimile a quanto in ambito ospedaliero è sempre accaduto (in età repubblicana fin dalla legge Mariotti del 1968) con la previsione delle strutture interne all'ospedale (sino all'odierna indicazione dei dipartimenti e delle strutture complesse) e prelude alla possibilità di adottare anche per il distretto standard organizzativi nazionali volti ad assicurare che i livelli essenziali dell'assistenza territoriale siano erogati in condizioni di uniformità, secondo quanto hanno concordemente previsto lo Stato e le Regioni successivamente alla riforma⁵⁸. In altri termini, l'introduzione delle Aft e delle Uccp quali moduli organizzativi di base dell'assistenza primaria (e, all'interno di tale area di prestazioni, specialmente dell'attività medico generica e pediatrica di base) rappresenta lo strumento di una politica sanitaria volta a rafforzare la struttura e i contenuti del distretto e dei servizi territoriali nel loro complesso, macro-area cui è, come è noto, è destinata ormai la quota maggioritaria del finanziamento del Ssn. Un simile orientamento di politica sanitaria, come emerge alla luce del percorso evolutivo sopra ricostruito, assume a premessa una circostanza di fatto di tutta evidenza, qual è l'esistenza di situazioni regionali fortemente differenziate: alcune capaci nel tempo di sviluppare propri modelli organizzativi della sanità territoriale (compresa l'assistenza primaria e, in particolare, l'assistenza medico-generica e pediatrica di base), altre visibilmente indietro rispetto alla capacità di strutturare un *sistema* dei servizi territoriali e, in particolare, di integrare l'attività dei medici convenzionati all'interno dell'organizzazione distrettuale. La variabilità esistente tra questi due "poli" è notevole e si è sviluppata anche a seguito dell'indirizzo che per un periodo non breve (2003-2012) abbiamo individuato nella stessa programmazione nazionale, favorevole alla sperimentazione di modelli autonomi da parte delle Regioni più intraprendenti (spesso corrispondenti a quelle dotate di maggiore tradizione storica in punto di servizi sanitari territoriali) e alla promozione di modelli

⁵⁸ Il riferimento va all'art. 5, comma 8, del già citato Patto per la salute 2014-2016, il quale ha previsto che «sono definiti tramite Accordi Stato-Regioni i nuovi standard organizzativi del Distretto in grado di orientare il suo ruolo strategico nella costituzione di reti assistenziali a baricentro territoriale, e di facilitatore dei processi di integrazione e di tutela della salute dei cittadini al fine di assicurare la qualità delle prestazioni erogate dai professionisti convenzionati nell'ambito delle UCCP e AFT e dagli altri servizi territoriali, consentendo di assicurare una migliore risposta assistenziale ai bisogni delle persone affette da patologie croniche, contribuendo così a ridurre i tassi di ricovero e gli accessi impropri al DEA». Ad oggi, gli standard non sono ancora stati adottati.

“residuali” – senza alcuna accezione deteriore del termine – disegnati a livello nazionale presso le Regioni che avevano compiuto minori progressi nello sviluppo del distretto e della sanità territoriale. L’ingresso nel sistema di un modello organizzativo di riferimento valido per tutti Ssr, dunque, deve fare i conti con questo quadro. Volendo descrivere sul piano nomodinamico il rapporto che esiste tra i principi fondamentali dettati dall’art. 1 del d.l. 158/2012 e la potestà legislativa regionale chiamata al rispetto e all’attuazione dei medesimi, nonché adottando una interpretazione necessariamente flessibile del contenuto normativo di tali principi (implicata dalla loro natura di norme a fattispecie aperta) è possibile affermare che l’esistenza di una pregressa organica disciplina regionale concernente l’organizzazione dell’assistenza primaria tende a limitare la portata normativa dei principi statali al nucleo essenziale dei medesimi, mentre l’impatto di questi stessi principi su di una disciplina regionale frammentaria o fortemente dipendente dai predetti modelli “residuali” consente un più esteso effetto performativo dei medesimi nei confronti di tale disciplina, colmandone naturalmente lacune e – in un paradosso soltanto apparente – innestandosi più agevolmente su modelli “residuali” che rappresentano i più immediati antecedenti delle nuove forme organizzative introdotte, le quali costituiscono una fisiologica evoluzione di tali modelli.

In altre parole, la riforma del 2012 ha innescato un processo normativo che è per sua natura – ovvero alla luce del funzionamento del nostro ordinamento regionale e delle dinamiche particolari che esso assume in materia sanitaria⁵⁹ – sia di differenziazione sia di uniformazione.

Non stupisce, dunque, che in alcune Regioni si possa assistere ad un recepimento soltanto nominalistico⁶⁰ e in altre, invece, sia presente una nomenclatura delle forme organizzative, talora «fuorviante»⁶¹, disallineata rispetto alle disposizioni statali. Il punto è riuscire – e l’indagine meramente documentale cui normalmente, anche in questa sede, è costretta l’analisi giuridica è spesso uno strumento insufficiente – a comprendere la rispondenza delle previsioni regionali ai principi rinvenibili nella legge statale, andando oltre il confronto tra etichette normative e lo schermo degli atti di programmazione regionali, anche in considerazione del fatto che spesso la proposta di individuazione e la concreta istituzione delle nuove forme organizzative viene demandata alle singole aziende sanitarie.

⁵⁹ Sulle implicazioni dell’istituzione di un Servizio sanitario nazionale, quale modello e sistema pubblico attuativo dell’art. 32 Cost., nei confronti delle dinamiche che riguardano la potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2. Più estesamente, circa le peculiarità del funzionamento del riparto di potestà legislativa in sanità cfr. R. BALDUZZI, *La giurisprudenza costituzionale in materia sanitaria tra paradigma e deroga*, in Id., M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 175 ss.; C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in ambito sanitario*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, pp. 659 ss.

⁶⁰ Come nota, con riferimento a molte Regioni, ad es. E. JORIO, *La riforma “mancata”*, cit.

⁶¹ Così D. ARGENIO HUPPERTZ, *L’applicazione*, cit., p. 217.

In questa prospettiva, dopo aver distinto le diverse tecniche di recepimento sul piano della programmazione regionale⁶², sarebbe interessante individuare dei parametri di valutazione dell'attuazione della riforma in base ai principi organizzativi che la sostanziano, come ad esempio la previsione di norme volte ad estendere gli orari degli ambulatori medici o a rafforzare il coordinamento tra medici di medicina generale e medici di continuità assistenziale, la previsione di un procedimento di trasformazione delle precedenti forme associative e organizzative nelle Aft e nelle Uccp, il rispetto del carattere monoprofessionale delle Aft, l'opzione per un modello di Uccp a rete o a sede unica, ecc.

Provando ad applicare alcuni di questi parametri alle risultanze delle indagini più sopra menzionate, emergono spunti analitici che meritano di essere approfonditi.

Ad esempio, si notano fenomeni ricorrenti, come la trasformazione delle équipes e delle forme associative leggere in Aft e l'identificazione delle Uccp con le case della salute (talora con una rete di case della salute), le Utap o le forme di medicina associata più forti (come le medicine di gruppo). Individuata questa tendenza, andrebbe poi verificata la "direzione" dell'adeguamento, che diviene metro di valutazione molto significativo del grado di attuazione perseguito: se vi sia stata una formale applicazione dello schema Aft/Uccp alle forme associative e organizzative esistenti oppure se vi sia stata una conformazione di queste ai nuovi modelli (ovvero se si sia adeguata la realtà organizzativa ai principi della riforma o viceversa). Una simile tipizzazione, al di là delle apparenze, non si traduce automaticamente in un elevato o ridotto grado di attuazione dei principi della riforma. Ad esempio, Regioni come l'Emilia-Romagna o il Veneto, che già possedevano elevati livelli di adesione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta alle forme associative più "pesanti" e di integrazione dei medesimi nelle forme organizzative più strutturate dei propri distretti, sono tra quelle in cui si ha l'impressione di un più blando recepimento della riforma, quando invece in esse il principio di continuità assistenziale può dirsi più presidiato che altrove grazie ad un buon equilibrio tra autonomia delle forme associative e integrazione nella rete dei servizi territoriali raggiunto dai propri modelli autonomi.

Anche soltanto a tener conto di questi spunti di analisi, dunque, emerge come una valutazione del grado di attuazione della riforma che abbia qualche ambizione conoscitiva debba dotarsi di un *set* di indicatori articolato.

Ciò detto, non sfugge che una linea di tendenza generale esista e sia pesantemente condizionata dal blocco della contrattazione collettiva. La mancata partenza del ruolo unico e l'ancoraggio ai vincoli posti dagli accordi collettivi previgenti in ordine a sistemi di remunerazione e obblighi orari limita molto i margini non solo nelle realtà regionali già dotate di propri modelli (costruiti spesso sfruttando quanto più possibile gli spazi della

⁶² Tali distinzioni sono possibili sotto diversi profili. Ad esempio, è chiaramente osservabile una differente dinamica di recepimento a seconda che l'attuazione della riforma sia avvenuta in una Regione sottoposta a piano di riqualificazione e rientro o meno: nel primo caso, l'attuazione della riforma è stata inclusa tra gli adempimenti dei programmi operativi dei piani e risulta, almeno sul piano formale, più rispondente al modello legislativo.

contrattazione regionale), ma frena anche quelle “a modello residuale”: qui, pur esistendo più ampi margini di cambiamento e nonostante la riforma che abbia dato l’occasione di ristrutturare a livello di programmazione i propri sistemi territoriali utilizzando le nuove figure dell’Aft e dell’Uccp, il processo di sviluppo di tali forme organizzative nella direzione di una maggiore copertura oraria e di una maggiore integrazione della medicina generale nell’organizzazione distrettuale viene assai rallentato dalla mancata revisione degli accordi collettivi.

In questa situazione lo scenario migliore è quello in cui le Regioni che hanno propri modelli sviluppati puntino allo sviluppo di questi nelle condizioni contrattuali date e le Regioni “a modello residuale” provino a sfruttare la necessità di attuare la riforma per colmare la distanza con le prime, promuovendo un incremento degli indici di adesione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta alle forme associative e organizzative più strutturate, ma senza poter superare i limiti dettati da tali condizioni.

Del resto, di ciò sembra consapevole anche lo Stato, almeno in sede di verifica di adempimento dei livelli essenziali di assistenza. Se si esaminano infatti i rapporti di valutazione concernenti ciascuna Regione⁶³, oltre a constatare che alla voce “cure primarie” (lett. *aab*) non sia mai formulato un giudizio di adempimento/inadempimento⁶⁴, se ne ricava l’impressione che il tavolo ministeriale preposto, da un lato, si accontenti di monitorare (*de relato*, basandosi queste valutazioni integralmente sulle informazioni fornite dalle Regioni medesime) il processo di attuazione della riforma specialmente in termini di applicazione dei modelli delle Aft e Uccp all’organizzazione regionale dei servizi territoriali e, dall’altro, opti per una interpretazione lasca di tale applicazione, presentando, senza alcun rilievo critico, come “attuazione” anche il mero recepimento nominalistico. Se dietro questo approccio attendista e prudente sta senz’altro la consapevolezza dell’inopportunità di poter misurare in termini rigidi l’adeguamento alle nuove forme organizzative, correndo poi il rischio di censurare proprio le Regioni che hanno saputo realizzare propri modelli forti di integrazione della medicina di base nell’organizzazione territoriale anche in assenza dei principi introdotti dalla legislazione statale, è altresì vero che il protrarsi nel tempo di un simile approccio fa mancare adeguati incentivi all’attuazione della riforma proprio in una sede strategica come la verifica adempimenti Lea.

⁶³ I rapporti relativi ad ogni singola Regione sono disponibili, aggiornati al 2016 (con anno di riferimento 2014), sul sito del Ministero della salute al seguente link: <http://www.salute.gov.it/portale/lea/dettaglioContenutiLea.jsp?lingua=italiano&id=4746&area=Lea&menu=monitoraggioLea>.

⁶⁴ Cfr. a questo proposito la descrizione dell’indicatore *aab*) presente nel documento che illustra tutti i criteri valutazione della verifica (http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_1302_listaFile_itemName_0_file.pdf).

7. Considerazioni conclusive: la percezione di una riforma fallita, gli indicatori di un processo in atto, il problema non aggirabile della contrattazione collettiva, la necessità di una nuova sintesi nazionale

Tanto le riflessioni svolte con riferimento alla contrattazione collettiva quanto quelle concernenti il recepimento delle forme organizzative dell'Aft e dell'Uccp da parte delle Regioni paiono condurre ad un giudizio sintetico che tende al negativo, se non alla constatazione di una vera e propria stasi che rischia di far fallire la riforma dell'assistenza primaria. Si tratta però di un giudizio che va in parte corretto alla luce di altri elementi che ancora è necessario considerare.

In primo luogo, si deve ritenere che, ad oggi, il più potente motore della ristrutturazione della sanità territoriale, anche nella direzione di una maggiore continuità assistenziale e di una migliore integrazione della medicina e della pediatria di base nell'organizzazione distrettuale sia rappresentato dalla graduale applicazione degli standard ospedalieri, anch'essi frutto dell'intervento riformatore del 2012. In effetti, la diminuzione dei posti letto per acuti, sia per esigenze di riconversione delle strutture ospedaliere sia per esigenze di rimodulazione dei percorsi di cura fuori dall'ospedale, sta conducendo alla riorganizzazione dei servizi territoriali mediante un maggior coinvolgimento dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, anche a seguito dello sviluppo contestuale di maggior strumenti informatici di supporto (e di controllo) alle rispettive funzioni di assistenza. Si tratta, come noto, di un processo non privo di contestazione sia da parte delle popolazioni e delle istituzioni locali che vivono il cambiamento in termini di depauperamento dei servizi (con l'obiettivo rischio che l'alleggerimento della rete ospedaliera senza una riorganizzazione delle cure primarie e dei percorsi diagnostico terapeutici conduca effettivamente a simili esiti) sia da parte della stessa medicina convenzionata⁶⁵. Fatto sta che il processo è in atto, nonostante subisca negativamente la possibilità di una piena attuazione della riforma ostacolata dalla mancata revisione degli accordi collettivi e, dunque, tenda a svilupparsi (nelle Regioni che erano prive di una propria politica di settore) secondo una logica ancora sperimentale, non organica e talora casuale (ovvero strettamente legata alle vicende delle locali strutture ospedaliere in via di riconversione piuttosto che dipendenti dalla disponibilità di gruppi di medici convenzionati più motivati di altri).

⁶⁵ Quest'ultima, in particolare nelle sue forme della medicina generale e della pediatria di libera scelta, non ha risparmiato critiche anche ad un altro tassello, talora trascurato, dell'integrazione, qual è lo sviluppo dei sistemi informatici, ad iniziare dalla dematerializzazione della ricetta medica e dall'entrata in funzione dei nuovi nomenclatori. Al netto delle disfunzioni registrate, tali innovazioni costituiscono oggi uno degli strumenti essenziali di governo dell'assistenza medica e pediatrica di base; il fatto, poi, che i clamorosi ritardi nella sostanziale implementazione del fascicolo sanitario elettronico (che ancora rappresenta in una larghissima parte del territorio nazionale un "guscio vuoto") siano contemplabili tra i fattori di blocco di un ulteriore sviluppo dell'integrazione e della continuità tra assistenza primaria e ospedaliera conferma la centralità del ruolo dei sistemi informatici per la politica sanitaria in discorso.

Senza uno sblocco della contrattazione collettiva, quell'operazione di razionalizzazione e uniformazione dei modelli organizzativi di base che perseguiva la riforma dell'assistenza primaria del 2012 non potrà realizzarsi.

Nel frattempo, però, anche le questioni sul tappeto della contrattazione collettiva sono aumentate. In particolare, si è aggravato il problema della carenza dei medici di medicina generale, i quali, deve rammentarsi, sono impiegati anche in aree di attività diverse dall'assistenza primaria e dalla continuità assistenziale (si pensi al problema dell'emergenza sanitaria territoriale e ai medici precari del 118). L'impressione è quindi che serva un nuovo momento di sintesi nazionale che viene da più parti individuata nel redigendo Patto per la salute e che però non assolverebbe a tale funzione se questo non favorisse effettivamente, sia sul piano delle risorse sia su quello degli indirizzi organizzativi, la rapida conclusione dei nuovi accordi collettivi nazionali della medicina generale e della pediatria di base. La sinergia – o, se si preferisce, trattandosi di sede negoziale: lo scambio – tra la ristrutturazione dei canali di formazione e reclutamento, da un lato, e la realizzazione del ruolo unico (con le implicazioni sopra già esaminate in termini di sistema di remunerazione e di copertura delle diverse fasce orarie) potrebbe favorire il raggiungimento del risultato, anche in considerazione del fatto che, per quanto si riesca a compensare i pensionamenti con i nuovi ingressi, gli andamenti demografici tenderanno ad aggravare sempre di più la medicina generale ed aumentare se non il numero che segna il rapporto tra medico e assistiti, senz'altro il peso specifico di tale numero. Questa tendenza aumenta obiettivamente la necessità di abbandonare sempre di più forme di lavoro individuale a favore di forme di lavoro coordinato e in équipe: che questa esigenza imponga di trovare nuovi equilibri al rapporto fiduciario è altrettanto vero, ma la mera contemplazione del principio della libera scelta potrebbe condurre a risultati ancor peggiori (anche perché la scarsità di medici di medicina generale già riduce di fatto i margini di una scelta libera).

Infine, non può farsi a meno di notare una dinamica piuttosto peculiare della c.d. riforma Balduzzi, la quale è osservabile anche con riferimento ad altri “capitoli” della medesima e che sembra spiegabile soprattutto alla luce del contesto politico-legislativo nella quale è stata elaborata e della fonte che l'ha veicolata. L'impiego della decretazione d'urgenza, infatti, ha condizionato sul piano sostanziale le scelte normative adottate, le quali non di rado hanno avuto l'effetto di “smuovere” singoli segmenti dell'ordinamento, introducendo innovazioni sia immediatamente efficaci sia bisognose di non modesti svolgimenti. La revisione delle regole di responsabilità professionale, la modifica delle procedure di selezione della dirigenza, le norme sul gioco d'azzardo, solo per stare a casi noti⁶⁶, hanno incontrato

⁶⁶ Ed altresì suscettibili di approfondimento anche grazie a contributi recentemente pubblicati su questa *Rivista*: v. spec. D. MORANA, *I decreti*, cit.; G. CANZIO, P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica* e G. MAROTTA, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d'azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza*, entrambi sul n. 1 del 2019; G. BERGONZINI, *La selezione della dirigenza sanitaria: oltre lo spoils system?*, sul n. 3 del 2018.

un percorso attuativo caratterizzato da una simile dinamica, provocando spesso mutamenti in ambito giurisprudenziale o amministrativo tali da poi dover essere ulteriormente sviluppate da interventi legislativi successivi dotati di maggiore organicità che ne hanno sviluppato gli originari indirizzi caratterizzanti.

Che la riforma dell'assistenza primaria incontri analogo sviluppo è solo parzialmente possibile, dovendo affrontare la stessa un percorso di attuazione che necessariamente deve transitare dalla fonte negoziale e dal connesso modello convenzionale. E tuttavia anche a questa componente della riforma del 2012 potrebbe occorrere un nuovo momento di elaborazione dei problemi che ha concorso a portare alla luce, con l'adozione di soluzioni di più ampio spettro, come paiono essere quelle che incideranno – alla luce dell'efficacia provvisoria di alcune disposizioni del c.d. decreto Calabria, dovranno incidere – sulle procedure di formazione e di reclutamento dei medici convenzionati.

Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle aziende sanitarie e ospedaliere*

Giulio Marotta**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi della normativa. – 3. Gli scioglimenti in Campania. – 4. Gli scioglimenti in Calabria. – 5. Il decreto-legge sulla sanità calabrese. – 6. Le riflessioni della Commissione antimafia. – 7. Le infiltrazioni mafiose nella sanità: un problema attuale

ABSTRACT:

Il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli enti locali ha assunto negli ultimi anni dimensioni molto preoccupanti. Il potere di condizionamento delle mafie sulle scelte amministrative è stato esercitato anche nel comparto sanitario, con riflessi inevitabili sulla qualità dei servizi garantiti agli utenti e sugli equilibri finanziari delle singole aziende. Ciò ha determinato il ricorso, in numerosi casi, a provvedimenti di scioglimento di aziende sanitarie ed ospedaliere ai sensi del testo unico degli enti locali. In questo lavoro si ricostruisce l'applicazione concreta della normativa in materia, alla luce delle relazioni allegate ai decreti di scioglimento, della discussione parlamentare e della giurisprudenza della Corte costituzionale e degli organi della giustizia amministrativa.

In recent years the phenomenon of infiltration of local government by organized crime has risen to alarming levels. The power of criminal organizations to influence administrative policies has reached the public health sector, with inevitable repercussions on the quality of the services provided and on the financial solvency of individual healthcare agencies. This has necessitated, on numerous occasions, the use of liquidation of health centers and hospitals, in accordance with the consolidated text of the laws of local authorities (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). This paper aims to reconstruct the concrete implementation of the relevant Italian legislation on the matter, in light of the documentation attached to the winding-up orders, of parliamentary discussion, of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and of competent administrative courts.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo è aggiornato al 15 novembre 2019.

** Consigliere parlamentare, gmarotta55@gmail.com.

1. Introduzione

Il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata nelle Amministrazioni locali ha assunto nel tempo dimensioni sempre più preoccupanti (dal 1991 al 15 novembre 2019 si sono verificati 335 casi di scioglimento ex art. 143 del testo unico sugli enti locali)¹. Questa ricerca analizza in modo puntuale i casi delle aziende sanitarie e ospedaliere coinvolte nelle procedure di verifica delle infiltrazioni mafiose ai sensi del testo unico sugli enti locali, che hanno riguardato nel complesso quattordici enti, con bacini di utenza molto rilevanti. Gli scioglimenti si sono verificati tutti in Campania e Calabria ed hanno interessato territori, come quelli di Napoli, Caserta, Reggio Calabria e Vibo Valentia, che detengono il triste primato delle province a più alto inquinamento mafioso, come testimoniato anche dall'elevatissimo numero di consigli comunali sciolti per condizionamento della criminalità organizzata. La procedura d'accesso si è conclusa sei volte con un'archiviazione²: per questi casi non sono disponibili ulteriori elementi in ordine agli elementi raccolti nel corso della procedura di accesso, in quanto la normativa vigente prevede soltanto, a partire dal 2010, la pubblicazione del decreto ministeriale di archiviazione ma non delle conclusioni della commissione di accesso; mentre sarebbe importante, anche in assenza dei presupposti per giungere allo scioglimento di un'amministrazione locale, che siano comunque rese note le disfunzioni accertate ed i rimedi proposti, in modo da consentire la successiva verifica della concreta attuazione delle misure di pieno ripristino della legalità nelle aziende sanitarie coinvolte³.

Ai fini del presente studio sono state prese in esame le relazioni allegate ai decreti di scioglimento, i documenti parlamentari (relazioni del Ministro dell'Interno sugli enti locali sciolti per infiltrazioni mafiose, relazioni delle commissioni di inchiesta, atti di sindacato

¹ Per una ricostruzione puntuale della normativa e della concreta applicazione di questo istituto, alla luce anche della giurisprudenza della Corte costituzionale, dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato cfr. G. MAROTTA, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle Amministrazioni locali: analisi degli scioglimenti deliberati negli anni 2014-2018 e proposte di modifica della normativa*, pubblicato sul sito Amministrazione in cammino, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche 'Vittorio Bachelet'. Per una ricostruzione della giurisprudenza dei giudici costituzionali e amministrativi consulta M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in *Giustizia amministrativa*, 2018. Vedi anche S. M. SISTO, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa*, in *I quaderni di www.paueb.it*, n. 4, aprile 2016. Una posizione molto critica sulla normativa vigente è espressa da M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa della riforma dell'art. 143 del Tuel*, in *Diritto amministrativo*, Anno XXVI, fascicolo 1, 2018. Rilievi su alcune interpretazioni dei giudici amministrativi sono espressi da F. G. SCOCA, *Organi elettivi sciolti per condizionamento mafioso: stessi fatti, diverse valutazioni giudiziali*, in *Giustizia amministrativa*, n. 9 del 2019.

² Si tratta dell'Asl 5 di Castellammare di Stabia, dell'Asl 11 di Melito di Porto Salvo e dell'Asl 11 di Reggio Calabria (procedure concluse prima del 2010), dell'Asl di Pavia (2011), dell'Asl di Cosenza (2013), oltre che dell'azienda ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano: all'archiviazione del 2014 ha fatto peraltro seguito, nel 2015, un decreto di scioglimento per infiltrazioni della criminalità organizzata.

³ In tal senso l'Atto Camera 474 *Modifiche al testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di scioglimento dei consigli degli enti locali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso*, in discussione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera.

ispettivo), le sentenze di Tar e Consiglio di stato, nonché le ultime relazioni semestrali della Direzione investigativa antimafia e alcuni documenti dell'Autorità nazionale anticorruzione.

2. Analisi della normativa

Il testo unico sugli enti locali⁴ detta la disciplina in materia di scioglimento dei consigli comunali e provinciali in presenza di elementi 'concreti, univoci e rilevanti' su fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso: l'art. 143 prevede a tal fine una complessa procedura di accertamento e valutazione della situazione degli enti coinvolti, con la nomina di una commissione ministeriale di accesso, le cui conclusioni sono sintetizzate nella relazione prefettizia (sottoposta al parere del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica), in base alla quale il Ministro dell'Interno può procedere all'archiviazione ovvero sottoporre al Consiglio dei ministri la decisione in merito allo scioglimento⁵. Ai sensi dell'art. 146, tale procedura si applica anche 'agli organi comunque denominati delle aziende sanitarie locali ed ospedaliere'⁶.

L'estensione al comparto sanitario della normativa sullo scioglimento per infiltrazioni mafiose è stata in passato contestata dalla Regione Campania, in occasione del ricorso sul decreto di commissariamento dell'azienda sanitaria di Pomigliano d'Arco di fronte a Tar e Consiglio di stato⁷. I giudici amministrativi hanno giudicato infondata la tesi della Regione, basata in primo luogo sull'inciso dell'art. 146 'in quanto compatibili con i relativi ordinamenti'; la trasformazione delle unità sanitarie locali in aziende sanitarie locali non ne ha comportato l'incomparabilità ai comuni e le province, ai fini dell'applicazione della misura in esame, risultando inoltre indifferente la struttura monocratica o collegiale degli organi delle aziende sanitarie, in quanto lo scioglimento è esclusivamente motivato dal possibile condizionamento criminale della gestione amministrativa⁸. Ogni diversa interpretazione non solo andrebbe contro il chiaro dettato dell'art. 146, ma comporterebbe di fatto l'a-

⁴ Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, artt. 143 ss.

⁵ Lo scioglimento è disposto con decreto del Presidente della Repubblica.

⁶ Con riferimento alle unità sanitarie locali viene così riproposta la disposizione già contenuta nell'art. 15 *bis* della legge 19 marzo 1990, n. 55 *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*.

⁷ Confronta le sentenze del Tar Campania, sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2873 e Consiglio di stato, sez. VI, 11 luglio 2006, n. 4765.

⁸ Lo scioglimento risulta legittimo anche quando la Regione abbia già disposto il commissariamento per altra causa (come nel caso in esame), differenziandosi i due istituti per funzioni ed effetti: il commissariamento da parte della regione «è preordinato alla sostituzione dei citati titolari per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa sotto il profilo precipuo della sua imparzialità; lo scioglimento opera invece sul piano straordinario e più profondo degli interventi necessari al ripristino, con sottrazione dell'ente alla servitù delle determinanti di matrice malavitosa, dell'autonomia dell'ente» (Tar Campania n. 2873 del 2006, *cit.*).

brogazione della norma: l'inciso 'in quanto compatibili con i relativi ordinamenti' è frutto della consapevolezza del legislatore in ordine all'applicazione del modello legato a organismi elettivi (o collegiali) ad aziende caratterizzate dalla presenza di figure dirigenziali monocratiche. I giudici amministrativi hanno altresì giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale della norma, che non determina un'invasione delle competenze in materia sanitaria della Regione (di cui le aziende sono enti dipendenti), in quanto gli interventi in questione attengono alla materia della tutela della sicurezza pubblica: la norma in esame «non lede alcun peculiare interesse regionale tendendo, anzi, a rafforzarne i poteri di intervento, atteso che il commissariamento prefettizio e lo scioglimento degli organi di ordinaria gestione dell'ente tendono al presidio della sua autonomia ed all'affrancamento della relativa gestione dal condizionamento della criminalità mafiosa»⁹.

3. Gli scioglimenti in Campania

Il primo decreto di scioglimento nel comparto sanitario riguarda, nel 2005, l'Azienda sanitaria provinciale 4 di Pomigliano d'Arco (Napoli)¹⁰, con un bacino di utenza di circa 500.000 utenti, che era stata anche in passato al centro di inchieste della magistratura per la fitta trama di rapporti tra esponenti della camorra con amministratori delle unità sanitarie locali e per gravi fenomeni di corruzione. L'accesso per ulteriori accertamenti in ordine alle infiltrazioni della criminalità organizzata è disposto dal prefetto nell'aprile del 2005 in base agli elementi indiziari forniti dalle forze dell'ordine e alla denuncia in ordine alle collusioni tra la struttura sanitaria e le organizzazioni camorristiche presentata da un ex magistrato, che aveva assunto la carica di direttore amministrativo, ed oggetto di intimidazioni. Le risultanze della commissione di accesso (confermate dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia) mettono in luce la capacità di controllo degli appalti da parte dei clan locali, in particolare nei servizi di pulizia e sanificazione, fornitura pasti, vigilanza, trasporto rifiuti ospedalieri e nei servizi informatizzati: sotto accusa anche il sistema di rilascio di autorizzazioni e accreditamenti a strutture sanitarie private, in ragione di procedure non conformi a norma ed il coinvolgimento di imprenditori legati a vario titolo con gruppi criminali. L'elusione della certificazione antimafia (viene registrata la sistematica violazione del protocollo di legalità sottoscritto con la prefettura di Napoli nel 2003) aveva reso possibile la stipula di contratti da parte di società già colpite da interdittiva antimafia ovvero controllate dalla criminalità organizzata (ad esempio, il servizio 'centro unico prenotazioni' era stato affidato ad una cooperativa, tra i cui componenti figurano soggetti appartenenti alle cosche camorristiche).

⁹ Così Consiglio di stato n. 4765 del 2006, *cit.*

¹⁰ Dpr 25 ottobre 2005. Come già segnalato, in precedenza una procedura di accesso presso l'azienda sanitaria 5 Castellammare di Stabia, negli anni precedenti al 2010, si era conclusa con un'archiviazione.

I giudici amministrativi hanno ritenuto che gli elementi raccolti dalla commissione di accesso fossero idonei a giustificare il provvedimento di scioglimento¹¹: il Tar parla di «abnorme soggezione dell'ASL alle forze malavitose», favorita dalla mancanza dello strumento programmatico di appalti e forniture, dal frequente ricorso alla trattativa privata e all'artificioso frazionamento della spesa e dalle assunzioni 'pilotate' del personale (in particolare un personaggio di fiducia del clan locale aveva l'incarico di sovrintendere agli interessi dell'organizzazione in quel particolare settore) e dall'incapacità degli organismi preposti ad esercitare un efficace controllo.

Il secondo scioglimento registrato in Campania riguarda l'Azienda ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano (Caserta), sciolta nel 2015¹², dopo che una precedente procedura di accesso (marzo del 2014¹³) si era conclusa con l'archiviazione per l'assenza dei presupposti richiesti dall'art. 143 del Tuel, pur in presenza di elementi fortemente critici sulla gestione degli appalti nel periodo 2008-2013: un'inchiesta della magistratura, avviata nel marzo 2013 con l'acquisizione degli atti concernenti affidamenti di gare, incarichi ed appalti dell'azienda ospedaliera, aveva determinato l'adozione, nel novembre 2013, di un'ordinanza di custodia cautelare nei confronti, tra gli altri, dell'allora direttore generale dell'Azienda ospedaliera di Caserta, del direttore amministrativo della Azienda sanitaria locale di Caserta e di un consigliere regionale, cui sono state contestate le ipotesi di reato di abuso di ufficio, turbativa d'asta e corruzione.

A seguito dell'arresto, nel gennaio del 2015, di numerose persone ritenute organiche o contigue alla fazione camorrista operante nel territorio di Caserta - tra cui il dirigente del Dipartimento di ingegneria ospedaliera del nosocomio, in carica sin dal 2006, indicato come stabile coadiutore nell'illecito affidamento di lavori e servizi in favore del gruppo camorrista egemone ('gruppo Iovine-Zagaria', in accordo con i 'Marcianisani'), nonché di alcuni componenti delle commissioni di gara - con le accuse di associazione mafiosa, corruzione, turbativa d'asta, abuso d'ufficio, con l'aggravante del metodo mafioso¹⁴, viene effettuato un nuovo accesso, con una ricognizione degli appalti indetti dall'azienda ospedaliera (in particolare quelli concernenti la manutenzione di immobili, i lavori edili presso l'ospedale di Caserta, la gestione e manutenzione degli impianti elevatori, affidati dal 2006 sempre alle stesse ditte): emerge così che imprese contigue alla criminalità organizzata sono risultate beneficiarie del 70% dell'intero importo dei lavori eseguiti dall'ente nel periodo 2008-2013, nella maggior parte dei casi tramite affidamento diretto, previo frazionamento delle opere da realizzare. Sono acquisite anche le risultanze della verifica ispettiva effettuata dall'Autorità nazionale anticorruzione, che ha riscontrato un perdurante

¹¹ Cfr. le sentenze citate nella nota 7.

¹² Dpr 23 aprile 2015.

¹³ Dpr 11 marzo 2014.

¹⁴ Si tratta della c.d. 'Operazione Sogno' svolta dalla Direzione Distrettuale Antimafia di Napoli.

stato di inadempimento nell'adozione di misure anticorruzione, con specifico riguardo al conferimento degli incarichi e agli acquisti di beni e servizi compiuti nel corso del 2014¹⁵. Nel marzo del 2015 è formulata dal prefetto la proposta di scioglimento, in presenza di 'elementi concreti univoci e rilevanti' sui collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso, con contestuale nomina di commissari per la provvisoria amministrazione della struttura sanitaria, cui fa seguito l'adozione di provvedimenti di sequestro e gestione straordinaria di alcune ditte appaltatrici (*ex art. 32 del decreto-legge n. 90 del 2014*)¹⁶. La relazione del Ministro evidenzia la «sussistenza di un sistema di controllo capillare degli appalti da parte del clan camorrista egemone che, infiltrandosi all'interno dell'azienda ospedaliera, ha tratto vantaggio da una rete di connivenze e collusioni tra la politica, l'imprenditoria e l'amministrazione».

L'ultima relazione del Governo sugli enti sciolti per infiltrazioni mafiose¹⁷ dedica un apposito capitolo all'opera di risanamento portata avanti dalla commissione straordinaria, con particolare riferimento al ricambio del vertice amministrativo e sanitario dell'Azienda, alla rotazione degli incarichi apicali, all'attuazione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione, all'istituzione del Nucleo operativo di controllo e del servizio ispettivo, all'adozione del nuovo Piano attuativo dell'Azienda, alla verifica della corretta applicazione delle procedure di gara (è stata stipulata una convenzione con la stazione unica appaltante presso il Provveditorato interregionale alle opere pubbliche di Campania, Molise, Puglia e Basilicata e sono stati revocati alcuni appalti).

Nonostante l'opera condotta dai commissari straordinari, i condizionamenti da parte della criminalità organizzata sulle aziende sanitarie e ospedaliere casertane sembrano tuttora sussistere. L'ultima relazione semestrale della Direzione generale investigativa¹⁸ dà conto dell'operazione 'Croce nera' della Polizia di stato, riguardante l'imposizione dell'uso delle autoambulanze di una ditta legata alle cosche camorristiche per il trasporto dei degenti, nonché dell'operazione 'Ghost Tender' della Guardia di finanza, che ha fatto emergere l'aggiudicazione di importanti commesse da parte di imprenditori contigui al 'gruppo Zagaria', ottenuta con la complicità di funzionari pubblici, per lavori classificati come urgenti

¹⁵ Una ricostruzione puntuale del ruolo dell'Anac vedi *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. A. Nicotra, Giappichelli, Torino, 2016. Sulla specificità dell'Anac all'interno delle Autorità indipendenti cfr. N. Longobardi *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Giustamm, settembre 2019, nonché F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2016.

¹⁶ Per una valutazione critica dei nuovi poteri attribuiti all'Anac in materia di commissariamento delle imprese vedi S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'anno Treccani*, 2015. Sull'applicazione alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale delle disposizioni di cui all'art. 32 del decreto-legge n. 90 del 2014 (convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*) cfr. le Linee guida dell'Autorità anticorruzione del 4 agosto 2016. Sul sito dell'Autorità sono riportati tutti i provvedimenti in materia adottati, che hanno interessato anche alcune aziende operanti nel settore sanitario.

¹⁷ Leg. XVIII, doc LXXXVIII, n. 2, pag. 38 ss.

¹⁸ Leg. XVIII, doc. LXXIV, n. 2, trasmessa alle Camere il 28 dicembre 2018, pagg. 157 e 158.

e gare bandite per importi al di sotto dei valori di soglia. E una commissione di accesso è stata istituita nel luglio 2019 con riferimento all'Azienda sanitaria Napoli 1, alla cui gestione appartiene il presidio ospedaliero San Giovanni Bosco¹⁹.

4. Gli scioglimenti in Calabria

La prima ad essere colpita è l'Azienda sanitaria provinciale n. 9 di Locri (bacino di utenza di circa 135.000 abitanti), sciolta nel 2006²⁰. La Commissione di accesso verifica che, in violazione della normativa sulla certificazione antimafia, diverse aziende aggiudicatrici di appalti risultavano legate alla criminalità locale ed i soci coinvolti in procedimenti penali per gravi reati (associazione mafiosa, usura ed estorsione); sono state inoltre stipulate convenzioni con società, associazioni e cooperative senza fine di lucro operanti nel sociale, in assenza di adeguati controlli sull'effettiva utilizzazione degli ingenti fondi percepiti. Ciò è potuto accadere per la totale disorganizzazione degli uffici preposti, il frequente ricorso a trattative private per l'acquisizione di beni e servizi (grazie all'illegittimo frazionamento della spesa) e a rinnovi taciti o proroghe di contratti motivati dall'urgenza di garantire la continuità del servizio: i settori in cui si registrano maggiori irregolarità riguardano i servizi di pulizia e quelli di accalappiamento cani, l'esecuzione di lavori di manutenzione nonché la fornitura di manodopera specializzata e semplice, realizzata con l'aggiramento della normativa che prevede il divieto della interposizione fittizia di manodopera. La relazione del Ministro evidenzia la presenza all'interno dell'azienda sanitaria di dipendenti legati da rapporti di parentela o contiguità con noti esponenti delle consorterie mafiose locali, o, comunque, coinvolti in procedimenti penali di rilievo. Tutto ciò risulta funzionale alla strumentalizzazione del ruolo istituzionale dell'azienda sanitaria in funzione degli interessi della criminalità organizzata.

Nel 2008 lo scioglimento riguarda altre aziende sanitarie della provincia di Reggio Calabria²¹. L'attività ispettiva della prefettura, inizialmente indirizzata all'Azienda sanitaria locale n. 11 di Reggio Calabria²², si è poi estesa all'ex Azienda sanitaria locale n. 10 di Palmi, tutte confluite, in seguito all'approvazione della legge della Regione Calabria n. 9 del 2007, nell'Azienda sanitaria provinciale n. 5 di Reggio Calabria (in cui era stata ricompresa anche

¹⁹ Un approfondimento delle infiltrazioni della camorra nell'ospedale S. Giovanni Bosco e in altre strutture ospedaliere della Regione è stato sollecitato in sede parlamentare: vedi l'interrogazione Senato 4-01899 e l'interpellanza Camera 2-00450 (quest'ultima con risposta del rappresentante del Governo nella seduta del 12 luglio 2019).

²⁰ Dpr 28 aprile 2006. Già in passato le strutture sanitarie di Locri erano state oggetto di condizionamento da parte della criminalità organizzata, con conseguente scioglimento dell'unità sanitaria locale n. 28, di cui al Dpr 15 aprile 1987, deliberato ai sensi dell'art. 49 della legge n. 833 del 1978 e dell'art. 323 del regio decreto n. 148 del 1915.

²¹ Dpr 19 marzo 2008.

²² La stessa azienda era stata oggetto di un procedimento di accesso conclusosi con l'archiviazione, unitamente all'azienda sanitaria di Melito Porto Salvo, negli anni precedenti al 2010.

l'azienda sanitaria di Locri n. 9). A fondamento della proposta di scioglimento vi sono le denunce presentate alla procura della Repubblica da alcuni dirigenti di vertice dimessisi dall'incarico, le risultanze dell'indagine 'Onorata Società' e i documentati rapporti tra personale sanitario e singoli esponenti della criminalità organizzata, alcuni dei quali hanno svolto la funzione di veri e propri 'cavalli di Troia' della criminalità organizzata all'interno della struttura sociosanitaria. Molto significativa appare l'elevatissima percentuale di dipendenti dell'Azienda sanitaria di Palmi con precedenti penali e di polizia (ben 20 per cento del totale, segnalati per fatti e reati tipici dell'ambiente mafioso, quando non direttamente come appartenenti alle cosche della 'ndrangheta), favorita dalle irregolari modalità di reclutamento: per alcuni di essi sono segnalati avanzamenti in carriera e altri trattamenti di favore. Si registra altresì la presenza di diversi imprenditori, fiancheggiatori o appartenenti alle organizzazioni criminali operanti nel territorio, che hanno stipulato contratti con le aziende sanitarie: l'aggiudicazione degli appalti dei beni, servizi e lavori pubblici è spesso avvenuta, con la compiacenza dei dirigenti, tramite procedure di gara irregolari e proroghe illegittime. La relazione del Ministro sottolinea anche l'occupazione abusiva da parte di soggetti legati ai clan locali del patrimonio immobiliare e fondiario dell'ente.

A distanza di 11 anni, il Governo, al termine di un approfondito lavoro di accertamento della commissione di accesso (che utilizza a tal fine anche le risultanze delle inchieste della magistratura e delle operazioni di polizia), delibera lo scioglimento della nuova Azienda provinciale di Reggio Calabria²³, che ora copre l'intero territorio provinciale, con una popolazione complessiva di oltre 550 mila di abitanti²⁴.

Le relazioni allegate al decreto di scioglimento dell'azienda sanitaria, oggetto in passato anche di due interrogazioni parlamentari²⁵, offrono un quadro molto critico della conduzione complessiva dell'ente, caratterizzata da un generale disordine amministrativo e dall'assenza di una efficace programmazione sia per quanto riguarda gli appalti che la gestione del personale²⁶, con conseguenze negative sulla qualità dei servizi offerti e sulla gravissima situazione di dissesto economico-finanziario (negli anni 2013-2017 non risultano nemmeno approvati i documenti di bilancio)²⁷. Per quanto riguarda specificamente il condizionamento operato dalla 'ndrangheta reggina, le relazioni evidenziano l'affidamento di lavori e forniture a numerose ditte già colpite da interdittiva antimafia ovvero sottoposte

²³ Dpr 11 marzo 2019.

²⁴ Vedi al riguardo le deliberazioni di giunta regionale Calabria n. 272 del 21 maggio 2007 e n. 441 del 14 maggio 2010.

²⁵ Cfr. le interrogazioni Camera 4/02371 e 5-01391.

²⁶ La relazione del prefetto parla di «caos organizzativo e gestionale». Per quanto riguarda gli appalti viene evidenziata la mancata applicazione delle procedure di evidenza pubblica nonché il costante ricorso a proroghe, rinnovi ed acquisti fiduciari, senza effettuare alcuna comparazione delle offerte dal punto di vista economico. Con riferimento al personale si sottolinea l'impossibilità di conoscere le mansioni effettivamente attribuite a ciascun dipendente, l'attività da esso svolta e la sua collocazione nell'organico.

²⁷ Sulla situazione di gravissimo disordine amministrativo/contabile delle aziende sanitarie calabresi vedi le considerazioni avanzate dalla Corte dei conti (relazione del novembre 2018).

ad amministrazione controllata nei settori dei servizi di pulizia e sanificazione, lavaggio e noleggio biancheria, gestione dei rifiuti, lavori di manutenzione e approvvigionamento materiali edili; ciò grazie alla sistematica violazione dell'obbligo di richiesta alla prefettura della certificazione antimafia in caso di stipulazione di contratti. Di particolare rilievo – oltre ai rapporti tra rappresentanti dell'azienda sanitaria e delle cosche locali, la mancata o tardiva attivazione delle procedure disciplinari nei confronti dei dipendenti condannati in via definitiva per associazione mafiosa o per altri gravissimi reati. Continua inoltre la gestione dissennata del patrimonio immobiliare (già evidenziata in occasione dello scioglimento delle altre aziende sanitarie del reggino), in assenza di qualsiasi piano per la valorizzazione o dismissione dei beni non strumentali all'esercizio dell'attività istituzionale, con edifici in stato di abbandono ovvero occupati senza titolo, ciò che ha dato luogo in alcuni casi all'usucapione dei beni stessi.

Va poi analizzato lo scioglimento dell'Azienda sanitaria provinciale di Vibo Valentia, avvenuto nel 2010²⁸, al termine di un'approfondita indagine durata sei mesi, che prende in esame l'intero andamento gestionale ed operativo dell'azienda sanitaria a partire dal 2006, al termine di numerose audizioni di funzionari amministrativi e sanitari. La Commissione di accesso si avvale dei risultati dei procedimenti giudiziari che hanno coinvolto diversi settori dell'azienda e di un'indagine conoscitiva del 2007 della Guardia di finanza - su incarico dell'Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione – che aveva già evidenziato rilevanti irregolarità nella gestione amministrativa.

Le relazioni allegate al decreto di scioglimento mettono in luce l'affidamento illegittimo di numerosi appalti (in particolare ristorazione degenti; impiantistica termo-idraulica e di climatizzazione; costruzione del nuovo presidio ospedaliero; lavori edili e di ristrutturazione; servizi sanitari di emergenza – ambulanze) a ditte e associazioni risultate positive ai controlli antimafia ovvero riconducibili, direttamente o indirettamente, ad elementi di spicco della locale criminalità; in violazione del codice antimafia, si faceva ricorso esclusivamente all'autocertificazione: a carico di molti componenti dei consigli di amministrazione delle organizzazioni affidatarie sono così emersi precedenti penali, tra i quali quello di associazione per delinquere. Anche a Vibo Valentia si registra la lottizzazione di opere unitarie, la presenza ripetitiva delle medesime ditte a gare diverse con un avvicendamento delle stesse nelle aggiudicazioni.

Il condizionamento della criminalità organizzata è favorito dalla presenza di esponenti della criminalità organizzata tra il personale dipendente dell'azienda sanitaria, ovvero di soggetti con precedenti penali e frequentazioni accertate con esponenti dei clan locali; tale presenza non si limita ai livelli più bassi dei prestatori d'opera, ma riguarda anche funzionari e dirigenti sia amministrativi che sanitari: a tale riguardo la relazione sottolinea, da un lato, l'estrema instabilità degli organi di gestione ordinaria e straordinaria, i cui rapporti

²⁸ Dpr 23 dicembre 2010.

di successione sono contrassegnati da accesi contrasti (che, in un caso, hanno dato luogo anche ad azioni giudiziarie); dall'altro, la continuità registrata di alcune figure di dirigenti sanitari collocati in posizioni strategiche.

Cenni all'opera di risanamento condotta dalla commissione straordinaria sono contenuti in una relazione governativa sugli enti sciolti per infiltrazioni della criminalità organizzata²⁹, nella quale si pone l'accento in particolare sulla piena attuazione al Protocollo di legalità proposto dalla Prefettura di Vibo Valentia.

Il più recente caso di scioglimento riguarda l'Azienda sanitaria provinciale di Catanzaro³⁰ (bacino di utenza di 370.000 abitanti), decretato sulla base delle conclusioni di accesso istituita a novembre 2018 a seguito delle risultanze dell'operazione 'Quinta bolgia' coordinata dalla Direzione distrettuale antimafia di Catanzaro; l'indagine della magistratura ha dato luogo a 24 ordinanze di custodia cautelare a carico di dirigenti e dipendenti dell'azienda sanitaria (ad alcuni dei quali è stato contestato l'art. 416 *bis* del codice penale), oltre al sequestro di beni per oltre dieci milioni di euro. La relazione mette in risalto la violazione, da un lato, della normativa in materia di appalti di lavori, servizi e forniture (con la mancata indicazione di gare e la successiva proroga illegittima dei contratti); dall'altro, la sistematica elusione della certificazione antimafia, che determina l'affidamento degli appalti a ditte legate ai potenti clan locali. Esempio la vicenda del servizio sostitutivo delle ambulanze del '118', affidato consecutivamente per 8 anni ad una ditta raggiunta nel 2017 da un'interdittiva antimafia e successivamente ad un'altra azienda – sprovvista peraltro del prescritto certificato di qualità – anch'essa destinataria di un'informativa interdittiva. Tali gruppi imprenditoriali erano in grado di esercitare un «totale controllo della struttura anche per lo stato di soggezione del personale medico e paramedico». La «superficiale gestione amministrativa dell'azienda sanitaria» ha avuto inevitabili riflessi sia sulla qualità dei servizi che sulla situazione finanziaria dell'ente, caratterizzata da rilevanti disavanzi sempre crescenti. Per completare il quadro della sanità calabrese va infine segnalato un altro decreto di archiviazione del 2013, relativo all'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza³¹. Come già osservato (cfr. par. 1) non sono disponibili documenti ufficiali in ordine alle problematiche emerse nel corso degli accertamenti effettuati dalla commissione di accesso.

²⁹ Leg. XVII, Doc. LXXXVIII n. 1, pag. 39 ss.

³⁰ Dpr 13 settembre 2019.

³¹ Dpr 23 ottobre 2013.

5. Il decreto-legge sulla sanità calabrese

L'inefficienza generalizzata' del sistema sanitario calabrese, di cui l'infiltrazione della criminalità organizzata rappresenta uno dei fattori caratteristici³², ha indotto il Governo a presentare un provvedimento d'urgenza in materia sanitaria³³ che, accanto a disposizioni riguardanti l'intero Servizio sanitario nazionale (riguardanti il personale, la commercializzazione dei farmaci e i criteri di riparto del Fondo sanitario) detta una serie di misure concernenti la sola regione Calabria, volte a superare le principali criticità del sistema, ripristinare il rispetto dei livelli essenziali di assistenza ed assicurare il raggiungimento degli obiettivi del Piano di rientro dai disavanzi, dotando il commissario straordinario di poteri straordinari per un periodo temporale di 18 mesi³⁴ ³⁵.

In particolare si prevede una procedura di verifica dei direttori generali al fine della loro eventuale sostituzione con un commissario ad acta³⁶; analoga verifica sarà effettuata anche nei confronti dei direttori amministrativi e sanitari; in materia di appalti, servizi e forniture degli enti del servizio sanitario diviene obbligatorio avvalersi della Consip e delle centrali di committenza di altre regioni in caso di importi superiori alla soglia comunitaria ovvero del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Sicilia-Calabria, mentre viene rafforzato il ruolo dell'Autorità anticorruzione per gli appalti sotto soglia e, per quanto concerne le attività di progettazione per l'edilizia sanitaria, di Invitalia.

Le disposizioni del decreto-legge si applicheranno anche nel caso di scioglimento di aziende sanitarie calabresi per infiltrazioni della criminalità organizzata; nello svolgimento dei suoi compiti la commissione per la gestione straordinaria potrà avvalersi, in via temporanea, in posizione di comando o di distacco, di esperti nel settore pubblico sanitario.

³² Considerazioni sul fortissimo interesse della 'ndrangheta per il sistema sanitario calabrese sono svolte anche dal procuratore di Reggio Calabria nel corso dell'audizione presso la Commissione Antimafia del 28 marzo 2019.

³³ Decreto-legge 30 aprile 2019, n. 35, convertito nella legge 25 giugno 2019, n. 60, *Misure emergenziali per il servizio sanitario della Regione Calabria e altre misure urgenti in materia sanitaria*.

³⁴ Il Governo, nella seduta n. 66 del 19 luglio 2019, ha confermato nell'incarico il dott. Saverio Cotticelli, nominato commissario ad acta per l'attuazione del vigente piano di rientro dai disavanzi del servizio sanitario nella Regione Calabria nella seduta n. 30 del 7 dicembre 2018. Tale nomina è stata oggetto di ricorso alla Corte costituzionale, che ne ha affermato invece la legittimità (sentenza n. 200 del 24 luglio 2019), in quanto l'intervento sostitutivo dello Stato permane anche oltre il triennio dell'originario piano di rientro per consentire l'integrale raggiungimento degli obiettivi ivi previsti ed assicurare i livelli essenziali delle prestazioni, ferma restando l'esigenza di garantire il «costante confronto collaborativo tra il livello statale e quello regionale». Per una puntuale ricostruzione della normativa sui criteri di nomina dei Commissari ad acta per i piani di rientro sanitari vedi A. PATANÈ, *Le (infondate) inquietudini dei Presidenti 'dimezzati'. A margine di tre recenti ricorsi di legittimità costituzionale in via principale aventi ad oggetto il regime di incompatibilità del Presidente della Regione ad assumere l'incarico di Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2019.

³⁵ In parallelo, il Governo (Consiglio dei ministri n. 58 dell'8 maggio 2019) ha impugnato la legge della Regione Calabria n. 6 del 2019, *Integrazione delle aziende ospedaliere della città capoluogo della regione*, con specifico riguardo alle disposizioni sulla riorganizzazione della rete ospedaliera (che interferirebbero con le funzioni del Commissario ad acta) e alla dirigenza sanitaria.

³⁶ Vedi al riguardo la seduta del Consiglio dei ministri n. 64 del 1° luglio 2019.

Nel corso dell'iter parlamentare è stato discusso se tale intervento sostitutivo del Governo, ai sensi dell'art. 120 della Costituzione e delle norme attuative³⁷ (previsto in particolare per la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) risulti comunque rispettoso del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione con le Regioni e gli Enti locali, con riferimento in particolare alla nomina dei commissari straordinari delle singole aziende da parte del commissario governativo (in deroga alle disposizioni del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171³⁸ sul coinvolgimento dell'Amministrazione regionale, degli Enti locali e della Conferenza dei sindaci^{39 40}) e alla gestione degli appalti, in una materia, la tutela della salute, che l'articolo 117 della Costituzione attribuisce alla legislazione concorrente di Stato e Regioni. La relazione di accompagnamento al decreto-legge sottolinea a tale riguardo che l'individuazione di un periodo temporale di 18 mesi è proprio volto ad assicurare un superamento rapido della disciplina 'speciale', al termine del quale potranno così ripristinarsi pienamente le competenze regionali^{41 42}.

Sulla legittimità delle disposizioni del decreto-legge (e della legge di conversione) si è recentemente pronunciata la Corte Costituzionale, in seguito al nuovo ricorso promosso dalla Regione Calabria⁴³. La Corte riconduce le misure contenute nel decreto-legge n. 35 nell'ambito della competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione («determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale») nonché dei principi fondamentali della materia concorrente «coordinamento della finanza pubblica» (art. 117, terzo comma, della Costituzione). La Corte sottolinea la natura «straordinaria» dell'intervento legislativo, motivata dalle gravissime criticità emerse nella gestione della sanità calabrese, che giustifica perciò, secondo un indirizzo consolidato, la 'compressione

³⁷ Cfr. l'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*.

³⁸ *Attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, lettera p), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di dirigenza sanitaria*.

³⁹ Il Consiglio dei ministri, nella seduta del 1° luglio 2019, ha autorizzato, in assenza di riscontro da parte della Regione, la nomina dei commissari straordinari dell'azienda sanitaria provinciale di Crotone e delle aziende ospedaliere di Cosenza e 'Pugliese Ciaccio' di Catanzaro.

⁴⁰ Per la nomina dei nuovi direttori sanitari ed ospedalieri il decreto-legge, nel testo modificato dalla Camera, prevede la possibilità, nel caso in cui non ci sia alcuna manifestazione d'interesse da parte dei soggetti iscritti negli appositi elenchi regionali, di conferire l'incarico a soggetti non iscritti, in possesso di determinati requisiti (cfr. art. 4, comma 1 *bis*).

⁴¹ Vedi in particolare la discussione presso la commissione Affari costituzionali della Camera (seduta del 14 maggio 2019) e la Commissione bicamerale per le questioni regionali (seduta del 15 maggio 2019), nonché alcuni interventi nel corso della discussione in Aula alla Camera (sedute del 27 e 29 maggio 2019) e del Senato (seduta del 12 giugno 2019). Rilievi critici sono stati espressi anche dai rappresentanti della Conferenza delle Regioni nel corso dell'audizione alla Camera del 9 maggio 2019.

⁴² Per un'analisi critica delle disposizioni del 'decreto-legge Calabria' cfr. S. VILLAMENA, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, settembre 2019, che affronta la problematica della compressione dell'autonomia regionale in materia sanitaria durante la fase del commissariamento.

⁴³ Sentenza n. 333 del 13 novembre 2019.

temporanea' delle competenze regionali «in ragione della pregressa inerzia regionale o, comunque, del non adeguato esercizio delle competenze stesse... L'introduzione di una disciplina temporanea, avente come unico destinatario la Regione Calabria, non costituisce, dunque, un intervento discriminatorio, ma ha la finalità di realizzare un necessario ri-allineamento della gestione della sanità locale rispetto agli standard finanziari e funzionali operanti per la generalità degli enti regionali».

6. Le riflessioni della Commissione Antimafia

Nella relazione conclusiva della Commissione di inchiesta antimafia, presentata al termine della scorsa legislatura⁴⁴, sono evidenziate le molteplici ragioni alla base del forte interesse delle organizzazioni criminali per il settore sanitario, connesse non solo alle ingenti risorse finanziarie ad esse assegnate, ma anche alla necessità di garantire un'assistenza medica ai propri affiliati in condizioni di particolare riservatezza.

Nei paragrafi precedenti sono stati sintetizzati gli aspetti più significativi di cattiva gestione amministrativa, volta a favorire gli interessi dei clan locali attraverso l'affidamento diretto (o in subappalto) dei lavori e della fornitura di beni e servizi: il controllo degli appalti nel settore sanitario è infatti funzionale alla ricerca di sempre nuovi spazi economici legali per le aziende collegate ai gruppi criminali (veri e propri 'rami imprenditoriali delle mafie'), verso cui canalizzare i proventi illeciti con finalità di riciclaggio. Elemento centrale nella strategia mafiosa è rappresentato dal personale sanitario: da un lato i clan mafiosi ricercano la disponibilità di 'figure di fiducia' all'interno della struttura amministrativa, a partire dagli uffici nevralgici che gestiscono la spesa, in grado perciò di fornire informazioni, coperture e trattamenti di favore nell'assegnazione degli appalti⁴⁵; dall'altra vogliono garantire uno 'sbocco occupazionale' a soggetti affiliati o vicini ai clan, in modo da accrescere il consenso popolare nel territorio intorno alle organizzazioni criminali (il caso di alcune aziende sanitarie calabresi e campane, sopra descritte, è particolarmente significativo a tale riguardo).

Secondo la Commissione, per contrastare la presenza mafiosa risulta essenziale l'attività di prevenzione dei fenomeni di corruzione e di recupero della piena efficienza amministrativa, basata su un'attenta analisi dei fattori di rischio e degli elementi di debolezza che possono favorire i fenomeni corruttivi ed anche l'ingerenza da parte delle mafie (a partire dalle procedure di affidamento dei servizi accessori e sanitari a fornitori esterni e di reclutamento del personale, ivi incluso quello a carattere temporaneo), con l'identificazione delle aree di maggiore interesse per la criminalità e conseguentemente a maggior rischio

⁴⁴ Leg. XVII, doc. XXIII, n. 38, pag. 194 ss.

⁴⁵ 'L'attenzione delle mafie al sistema di reclutamento del personale sanitario può arrivare a livelli di sofisticazioni tali da prevedere il coinvolgimento degli atenei che devono garantire la laurea ad affiliati «all'uopo selezionati».

di infiltrazioni; la cattiva gestione non è solo un effetto dell'inefficienza delle strutture sanitarie, ma è al tempo stesso conseguenza del condizionamento mafioso, che trova nella cattiva gestione terreno fertile per svilupparsi: «Disordine amministrativo, mancanza di atti regolamentari, instabilità dei vertici, assenza di meritocrazia, abnorme contenzioso legale, bassa qualificazione professionale, dimensione dei debiti fuori bilancio, sono tutti fenomeni che possono essere considerati indicatori di inefficienza e al contempo di grave rischio di infiltrazioni criminali».

Le gravi difficoltà affrontate dalle commissioni straordinarie – e, successivamente, dai nuovi organismi dirigenti – nell'opera di ripristino della legalità evidenziano la necessità di garantire alle aziende sanitarie sciolte il supporto di specifiche professionalità, oltre che il sostegno e la collaborazione di tutte le Amministrazioni statali e regionali. Al riguardo è stato osservato che la gestione commissariale delle aziende sanitarie si debba ispirare a criteri di adeguata managerialità, ed affidata a figure professionali dotate di una collaudata *expertise*⁴⁶: in tale direzione si pone il decreto-legge n. 35 del 2019, sopra analizzato, con riferimento alle aziende sanitarie calabresi sciolte per infiltrazioni mafiose⁴⁷.

La Commissione Antimafia suggerisce inoltre di utilizzare con decisione lo strumento della gestione diretta o l'affidamento a terzi di strutture accreditate coinvolte in vicende di malaffare.

7. Le infiltrazioni mafiose nella sanità: un problema attuale

Le indagini in corso su alcune strutture sanitarie da parte della magistratura e delle commissioni di accesso evidenziano l'estrema rilevanza del fenomeno mafioso nel comparto sanitario: in quest'ottica va letta la decisione della nuova Commissione Antimafia di istituire, anche in questa legislatura, un Comitato sull'infiltrazione criminale nell'ambito del sistema di assistenza sanitaria pubblico e privato⁴⁸.

Appare importante mantenere alta la vigilanza, anche attraverso strumenti formativi, richiamando l'attenzione di decisori ed operatori che sembrano talora non pienamente consapevoli della rilevanza delle problematiche connesse alla presenza della criminalità

⁴⁶ Cfr. in particolare l'intervento del Ministro dell'Interno Cancellieri nella seduta del 27 marzo 2012 della Commissione antimafia (XVI legislatura).

⁴⁷ L'Atto Senato 795 della passata legislatura prospettava la separazione tra le gestioni pregresse (da affidare alla commissione straordinaria, con un esame puntuale, sotto il profilo della regolarità e della legittimità, dell'attività precedente allo scioglimento) e la gestione corrente, spettante ad un direttore generale, al fine di garantire il rispetto dei livelli essenziali di assistenza.

⁴⁸ Cfr. la seduta Commissione Antimafia del 28 febbraio 2019. Si segnala che nel corso di questa legislatura sono state presentate diverse proposte volte ad istituire commissioni di inchiesta sul sistema sanitario (nazionale o di singole Regioni) sia alla Camera (Doc. XXII, nn. 11, 22, 31, 38, 39 e Atto Camera n. 1055) che al Senato (Doc. XXII, nn. 2, 13, 14, 16, 19).

organizzata, in ragione di quella strategia di penetrazione “silenziosa” nelle amministrazioni pubbliche che caratterizza le nuove mafie, fondata sullo sviluppo di una vasta rete di relazioni con professionisti e ‘colletti bianchi’ e sull’utilizzo sistematico dello strumento della corruzione, rispetto al quale il ricorso a violenze ed intimidazioni (che possono suscitare un maggiore allarme sociale) è più circoscritto⁴⁹.

Spesso le Amministrazioni adottano un approccio meramente formale dei piani anticorruzione, senza porre la necessaria attenzione al contesto ambientale esterno e a tutti i fattori di rischio⁵⁰. Occorre invece acquisire la piena consapevolezza che l’asservimento ai gruppi criminali ha un inevitabile impatto anche su qualità e costo delle prestazioni, determinando una crescita del deficit sanitario⁵¹ e compromettendo la fruizione di un diritto fondamentale, qual è quello del diritto alla salute. Su tale versante utili indicazioni sono emerse dal lavoro dell’Autorità anticorruzione, con riferimento in particolare alla possibilità di ottenere significativi risparmi attraverso l’applicazione dei prezzi di riferimento dei beni e servizi ad elevato impatto di spesa⁵². Ed il Piano nazionale anticorruzione prevede ora una sezione dedicata specificamente alla sanità, con l’indicazione delle misure di trasparenza e prevenzione utili a contrastare i fenomeni corruttivi, con riguardo non solo al settore dei contratti ma anche ad altre aree di rischio (incarichi e nomine; gestione di entrate, spese e patrimonio; attività di vigilanza, controllo, ispezione)^{53 54}.

In via prioritaria il monitoraggio dovrebbe riguardare le aree in cui sono presenti consigli comunali sciolti per condizionamento della criminalità organizzata ovvero dove si regi-

⁴⁹ Sull’evoluzione delle strategie delle organizzazioni criminali vedi, tra gli altri E. CICONTE, *Politici (e) malandrini*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2013, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, Roma, 2019 e *Atlante delle mafie. Storia, economia, società, cultura*, a cura di E. Cicone, F. Forgione, I. Sales, Rubbettino, Soveria Mannelli, in particolare i volumi IV e V.

⁵⁰ L’Autorità anticorruzione, sulla base dell’analisi condotta su un campione di 247 piani anticorruzione di Aziende sanitarie e ospedaliere e istituti di ricerca a carattere scientifico, rileva «una generale carenza nell’analisi del contesto esterno che spesso è risultata del tutto assente» (Determinazione Autorità anticorruzione n. 12 del 28 ottobre 2015, pag. 40).

⁵¹ A tale riguardo, la relazione conclusiva della Commissione Antimafia (leg. XVII, doc. XXIII, n. 38, *cit.*) suggerisce l’introduzione, a fianco dei piani di rientro dal disavanzo, di piani di rientro nella legalità.

⁵² Relazione al Parlamento dell’Autorità anticorruzione per il 2019 (in particolare, pag. 28 ss. e 149 ss.). Nella relazione sono illustrate anche le problematiche ed irregolarità accertate dall’Anac nel corso delle sue ispezioni, in merito all’affidamento di appalti da parte delle aziende sanitarie Napoli 1 Centro (pag. 191 e 217), Napoli 2 Nord (pag. 209), Frosinone (pag. 210), Brindisi (pag. 211), ULSS 2 Marca Trevigiana (pag. 205), ULSS 3 Serenissima (pag. 206), ULSS 8 Berica (pag. 213), delle aziende socio sanitarie locali 8 di Cagliari e 1 di Sassari (pag. 212 e 214), dell’azienda ospedaliera universitaria ‘Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli’ (pag. 209) e dell’azienda sanitaria unica regionale delle Marche (pag. 207). Nella medesima relazione si forniscono altresì elementi di valutazione sull’utilizzo delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ex art. 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, che ha interessato tra l’altro anche l’Ospedale Israelitico di Roma (pag. 267).

⁵³ Determinazione Autorità anticorruzione n. 12 del 2015, parte speciale II, *cit.*, frutto del lavoro di un Tavolo tecnico istituito fra l’Autorità, il Ministero della Salute e l’Agenzia nazionale per i servizi sanitari.

⁵⁴ In tema di prevenzione e contrasto alla corruzione si segnala che è in discussione presso la XII Commissione del Senato, in sede redigente, la proposta di legge, già approvata dalla Camera, volta ad assicurare la conoscenza dei rapporti economici o di vantaggio (diretto e indiretto) nonché le relazioni d’interesse, intercorrenti tra le imprese produttrici o organizzatrici di convegni e ricerche riguardanti farmaci, strumenti, apparecchiature, beni e servizi sanitari e i soggetti che operano nel settore della salute e nelle organizzazioni sanitarie, pubbliche e private (Atto Senato 1201).

strano inchieste della magistratura su fenomeni mafiosi, corruzione o gravi illegalità; e dovrebbe interessare anche il centro-nord in quanto, come rimarcato dalla Commissione Antimafia «la sanità delle regioni centro-settentrionali è coinvolta, pur con modalità e intensità differenziate nel territorio, in casi di corruzione e illegalità connesse alla criminalità organizzata che, per dimensioni e disprezzo di valori morali e sociali, appaiono molto preoccupanti, soprattutto in prospettiva»⁵⁵.

Come prospettato dalla Commissione Antimafia con riferimento ai comuni sciolti per infiltrazione mafiosa, un intervento più tempestivo sugli aspetti gestionali critici delle aziende sanitarie potrebbe anche favorire il ricorso a strumenti meno traumatici dello scioglimento, almeno nei casi meno gravi, affiancando agli ordinari organismi di gestione un'apposita commissione con funzione di supervisione⁵⁶.

A tal fine potrebbe essere opportuno riprendere i suggerimenti formulati nella relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale della XVI legislatura⁵⁷ in ordine all'attribuzione ad un'autorità pubblica, connotata in termini di indipendenza dalla politica, del monitoraggio sull'appropriatezza delle prestazioni e la sicurezza delle procedure in ambito sanitario, anche attraverso lo svolgimento di controlli *ex ante* ed *ex post*.

Nota della Direzione:

Si segnala ai lettori di *Corti Supreme e Salute* che la Fondazione Openpolis, in collaborazione con il cons. Giulio Marotta, ha realizzato sul proprio sito web una banca dati, costantemente aggiornata, sui casi di commissariamento di Comuni e aziende sanitarie da parte del Governo, una cui quota rilevante integra casi di scioglimento dell'ente per infiltrazione mafiosa

⁵⁵ Sulla ramificazione delle organizzazioni criminali al di fuori delle aree di radicamento tradizionale vedi in particolare N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord: la colonizzazione mafiosa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2017 e R. SCIARRONE, *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli, Roma, 2014.

⁵⁶ Sulla 'terza via' della Commissione Antimafia tra scioglimento ed archiviazione cfr. leg. XVII, doc. XXIII, n. 16 e doc. XXIII, n. 38, *cit.*

⁵⁷ Leg. XVI, Relazione finale, doc. XXII *bis*, n. 10, 30 gennaio 2013, pag. 44 ss.

Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*

Raffaele Bifulco**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'*acquis* giurisprudenziale in materia di tutela dell'ambiente. – 2.1. Le diverse dimensioni dell'ambiente. – 2.2. Il ruolo delle Regioni. – 2.3. Principio di leale collaborazione e 'punto di equilibrio'. – 3. Gli oggetti. – 3.1. Valutazione d'impatto ambientale, valutazione ambientale strategica. – 3.2. Paesaggio. – 3.3. Parchi. – 3.4. Rifiuti. – 3.5. Corpi idrici e disciplina degli scarichi. – 3.6. Prevenzione dei rischi industriali e ambientali. – 3.7. Elettrosmog. – 3.8. OGM e risorse geotermiche. – 3.9. Tutela e valorizzazione dei beni culturali. – 3.10. Altri oggetti. – 4. Interferenze competenziali. – 4.1. Interferenze con competenze esclusive/primarie. – 4.2. Interferenze con competenze concorrenti. – 4.3. Interferenze con competenze residuali. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Prima del 2001, la Costituzione non recava esplicita menzione dell'ambiente tra le materie di competenza concorrente direttamente elencate nell'art. 117.2. Cost. Neppure gli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata contemplano esplicitamente la materia in questione, anche se in alcuni di essi è possibile rintracciare più ambiti riconducibili alla mate-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Lo scritto (prendendo spunto dall'intervento dell'Autore ai lavori della XI Settimana di studi sulle autonomie locali su "Regioni, enti locali e ambiente", Alessandria 6-10 maggio 2019) aggiorna una precedente pubblicazione del 2014 visto che le sentenze in materia ambientale continuano a rappresentare ampia parte della giurisprudenza costituzionale. La vastissima giurisprudenza presa in esame, aggiornata a settembre 2019, giustificherà, spero, l'assenza di riferimenti dottrinali. Alcuni paragrafi sono stati modificati e le conclusioni sono state riviste.

** Professore ordinario di diritto costituzionale, Luiss "Guido Carli", Roma, rbifulco@luiss.it.

ria ambientale. E tuttavia la Corte costituzionale – facendo leva sulla legislazione ordinaria, in particolare sugli artt. 101 ss. d.p.r. 616/1977, che, procedendo all'individuazione della nuova materia della tutela dell'ambiente dagli inquinamenti, ne trasferiva la titolarità alla Regione – era già giunta a una definizione dell'ambiente inteso come valore costituzionale, nel quale «sono raccolti ed intrecciati tra loro interessi molteplici che mettono capo a competenze differenziate, distribuite tra enti locali, Regioni e Stato, al quale spettano soltanto funzioni che richiedono una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale»¹.

Più precisamente, a metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte, anche a seguito dell'istituzione del Ministero per l'ambiente, procede a una definizione unitaria dell'ambiente, riconducendolo agli artt. 9 e 32 Cost. e facendolo rientrare tra i valori costituzionali primari e assoluti².

Si rivelano opportune due osservazioni preliminari rispetto alle innovazioni introdotte dalla riforma costituzionale del 2001. In primo luogo, nella giurisprudenza appena richiamata è già presente la considerazione parallela di ambiente naturale e culturale, che, peraltro inscritta a chiare lettere nell'art. 9 Cost., verrà formalizzata nell'art. 117.2. s), Cost. In secondo luogo, è su questa giurisprudenza che la legislazione successiva si appoggerà al fine di ampliare la partecipazione delle Regioni nella protezione dell'ambiente, precostituendo così quel ruolo di integrazione che la Corte riconoscerà alle Regioni e che sarà oggetto della seguente trattazione.

2. L'acquis giurisprudenziale in materia di tutela dell'ambiente

2.1. Le diverse dimensioni dell'ambiente

La riconduzione alla legislazione esclusiva dello Stato della materia «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» (da ora anche TdA) avrebbe dovuto semplificare il riparto di competenze nella materia ambientale. Non è stato evidentemente così, per una serie di ragioni.

Innanzitutto è lo stesso legislatore costituzionale ad essere consapevole del fatto che la materia ambientale non si prestava a una netta ed esclusiva attribuzione a favore dello Stato, attribuzione che si sarebbe posta in controtendenza rispetto ad un recente passato in cui le Regioni erano state coinvolte nella gestione della materia. Di tale disagio è, del

¹ 96/2003, § 3.2., che tratta questione sorta prima della revisione costituzionale del 2001. Ma la Corte aveva riconosciuto il potere delle Regioni di derogare alla disciplina statale da intendersi come base minima già in 192/1987, 1002/1988, 577/1990.

² Sentt. 210/1987, § 4.2; 641/1987, § 2.2.). Sembra di poter dire che in questa posizione della Corte vi sia una presa di distanza da una dominante accezione dell'ambiente, di origine gianniniana, che negava la possibilità di una concezione unitaria dell'ambiente.

resto, testimone la riconduzione alla legislazione concorrente della «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali», con la quale si riconosce sullo stesso ambito materiale la compresenza di due funzioni differenti: da un lato la tutela, di competenza esclusiva dello Stato; dall'altro la valorizzazione, di competenza concorrente delle Regioni.

Inoltre il tessuto ordinamentale era già orientato, con riguardo alla materia ambientale, ad una presenza attiva delle Regioni nella gestione dell'ambiente, dichiarato dalla Corte tra i valori costituzionali primari.

Non va infine trascurata la possibile incongruenza che si sarebbe potuta creare tra giurisprudenza antecedente e posteriore alla riforma costituzionale del 2001. Una concezione letterale dell'esclusività della competenza statale in materia ambientale a seguito della riforma rischiava infatti di entrare in conflitto con la precedente ascrizione, compiuta dalla Corte, dell'ambiente tra i valori assoluti e primari della Costituzione, cui si ricollegavano interessi differenti riconducibili a soggetti differenti, tra i quali le Regioni.

Questi fattori di complessità spiegano, dunque, l'opzione interpretativa della Corte relativa all'ambiente come materia o valore trasversale. Nella interpretazione del nuovo titolo inserito all'art. 117.2.s) la sent. 407/2002, in materia di disciplina di attività a rischio rilevante, svolge un ruolo fondamentale³.

Diversi sono i punti da evidenziare in questa primissima sentenza: la difficoltà che la Corte manifesta a considerare l'ambiente come una materia in senso tecnico; la chiara derivazione della concezione dell'ambiente come materia trasversale dalla giurisprudenza precedente alla revisione costituzionale del 2001; il ruolo esclusivo dello Stato nella individuazione di standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale; l'esplicito riconoscimento di altri titoli di legittimazione per interventi regionali incidenti sull'ambiente.

³ «A questo riguardo va però precisato che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002). In questo senso l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998).

I lavori preparatori relativi alla lettera s) del nuovo art. 117 della Costituzione inducono, d'altra parte, a considerare che l'intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato»: 407/2002, § 3.2.

Il Giudice delle leggi conserva l'aggancio dell'ambiente ai valori costituzionali, così giustificando la sua apertura ad altri interventi non solo statali. In alcune decisioni, poi, ad esser definito trasversale è il valore piuttosto che la materia⁴; in altre ancora ragionerà della TdA come di un «compito» affidato allo Stato⁵. Si noti, inoltre, che il riferimento all'ambiente come bene unitario è addotto come ulteriore argomento di giustificazione del ruolo dello Stato di fissazione di standard uniformi⁶.

In ragione del valore primario dell'ambiente lo Stato è quindi competente ad adottare «*standards* di tutela minimi e uniformi sul territorio nazionale» (una formula che ricorre molto frequentemente nella giurisprudenza costituzionale). In particolare, per «*standard* minimi di tutela» deve intendersi – chiarisce la Corte – che lo Stato assicura una tutela «adeguata e non riducibile» dell'ambiente⁷.

Sebbene la Corte si sforzi di ricollegare la giurisprudenza successiva alla revisione del Titolo V a quella precedente, non può essere taciuta, nella concezione di ambiente sviluppata dal Giudice delle leggi, un'evoluzione di notevole interesse. Se, come si è appena osservato, nelle prime pronunce l'ambiente viene configurato come un valore piuttosto che una materia in senso tecnico, a partire dalla sent. 378/2007 la Corte accentua il carattere complesso, di «sistema» del bene giuridico ambiente.

In questa sentenza il Giudice delle leggi opera tale 'aggiustamento' sottolineando, per la prima volta dal 2001, che il nuovo titolo di legittimazione affianca alla parola 'ambiente' 'ecosistema'⁸. Tale affinità, che la Corte ricollega al concetto di biosfera, presente nella

⁴ 246/2013, § 2; 222/2003, § 3.

⁵ 307/2003, § 5; 259/2004, § 2; 336/2005, § 5.

⁶ Ecco quanto osserva la Corte in una decisione quasi coeva rispetto alla 407/2002: «L'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali. Come già affermato da questa Corte, la tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una "materia", essendo invece l'ambiente da considerarsi come un "valore" costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle Regioni di competenze legislative su materie (governo del territorio, tutela della salute, ecc.) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo (sentenza n. 407 del 2002). E, in funzione di quel valore, lo Stato può dettare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali ex art. 117 della Costituzione.

Già prima della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore (sentenza n. 356 del 1994), configurandosi l'ambiente come bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che va pertanto salvaguardato nella sua interezza (sentenza n. 67 del 1992). La natura di valore trasversale, idoneo ad incidere anche su materie di competenza di altri enti nella forma degli standards minimi di tutela, già ricavabile dagli artt. 9 e 32 della Costituzione, trova ora conferma nella previsione contenuta nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, che affida allo Stato il compito di garantire la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» 536/2002, § 4.

⁷ 61/2009, § 4.

⁸ La Corte preciserà la distinzione tra i due concetti in 12/2009, §2.3.: «È evidente che quando ci si riferisce all'ambiente, così come attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dalla lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., le considerazioni attinenti a tale materia si intendono riferite anche a quella, ad essa strettamente correlata, dell'"ecosistema". Peraltro, anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare

Dichiarazione di Stoccolma del 1972, obbliga a guardare all'ambiente come a un bene unitario, anche se composto di molteplici parti.

Il fine di questa torsione interpretativa è ben chiaro, percependo la Corte il pericolo di una parcellizzazione territoriale della tutela derivante dal riconoscimento, da essa stessa compiuto, della legittimità degli interventi regionali. La concezione complessa dell'ambiente accentua così il ruolo dello Stato, cui spetta «disciplinare l'ambiente come una entità organica, dettare cioè delle norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto»⁹; tale disciplina statale funzionerà, quindi, come «limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato»¹⁰.

Questa 'svolta' giurisprudenziale obbliga la Corte a stemperare l'ancoraggio dell'ambiente ai valori costituzionali per accentuarne la natura di materia in senso tecnico, avente ad oggetto «un bene giuridico, che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, funge anche da discriminare tra la materia esclusiva statale e le altre materie di competenza regionale»¹¹.

2.2. Il ruolo delle Regioni

Nella sent. 407/2002 la Corte non definisce ancora i titoli di legittimazione che possono giustificare gli interventi regionali. Lo farà nelle sentenze immediatamente successive, riferendosi in particolare al governo del territorio¹², alla tutela della salute¹³, alla protezione civile¹⁴, all'energia¹⁵, all'ordinamento delle comunicazioni¹⁶.

La trasversalità dell'ambiente giustifica quindi interventi regionali diretti a curare interessi funzionalmente collegati con l'ambiente. Tali interferenze, in quanto incidenti sull'ambiente, sono legittime a condizione di non diminuire il livello di protezione e tutela stabilito dallo Stato¹⁷. In termini più precisi, tali interventi regionali sono sottoposti a due condizioni: a) possono innalzare la tutela ambientale stabilita dallo Stato ma non diminuirla¹⁸; b)

riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé.

⁹ 378/2007, § 4.

¹⁰ 378/2007, § 4.

¹¹ 104/2008, § 5; per le applicazioni di questo ragionamento a boschi e foreste cfr. 105/2008, § 4.

¹² 307/2003, § 6 in tema di elettrosmog in cui la Corte afferma che allo Stato spetta la fissazione delle 'soglie' di esposizione e alle Regioni la disciplina dell'uso del territorio in funzione della localizzazione degli impianti.

¹³ A partire da 536/2002, relativa a una Regione speciale.

¹⁴ 214/2005, § 2.1.

¹⁵ 246/2013, § 2.

¹⁶ 307/2003, § 7. Sul punto cfr. più ampiamente il rapporto su ordinamento della comunicazione.

¹⁷ Sul punto, con grande chiarezza, 222/2003, § 3.

¹⁸ 341/2010, § 5.2; 244/2012, § 3; 86/2014, § 3.

non devono servire a porre impedimenti permanenti, in nome appunto di una maggiore tutela ambientale sul territorio regionale, all'ingresso di altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁹. In ogni caso la Corte si riserva di sottoporre a verifica le concrete scelte regionali²⁰.

Nel rapporto che così viene a instaurarsi tra standard nazionali di tutela fissati dallo Stato, gli interventi regionali sono caratterizzati sempre in senso aggiuntivo, mai sostitutivo, della funzione di tutela statale. Nel caso manchi una disciplina statale, infatti, alle Regioni non è consentito di intervenire in via suppletiva (a differenza di quanto accade, come è ben noto, nelle ipotesi di legislazione concorrente)²¹. E in ogni caso la Corte è ferma nel ribadire che, quando una norma è riconducibile ad un ambito materiale di esclusiva competenza statale, le Regioni non possono emanare alcuna normativa, neppure meramente riprodottriva di quella statale²². Ciò è ben comprensibile in quanto, nella maggioranza dei casi, il provvedimento regionale è diretto alla cura di interessi diversi dall'ambiente (rientranti nella competenza concorrente o in quella primaria delle Regioni speciali) ma a questo collegati²³.

Conviene però precisare che questo rapporto non muta neppure nelle ipotesi in cui le Regioni speciali – e in qualche caso le Regioni ordinarie nell'ambito della potestà legislativa residuale – disciplinino ambiti che rientrano 'materialmente' all'interno dell'ambiente come bene unitario (non siano cioè mere utilizzazione dell'ambiente, per utilizzare il linguaggio della Corte)²⁴: è questo il caso della complessa disciplina del paesaggio²⁵; della prevenzione dei rischi industriali e ambientali²⁶; dei parchi regionali e delle aree protette²⁷, della caccia²⁸, dei rifiuti²⁹, della pesca³⁰, della raccolta dei tartufi³¹; dei criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)³². In particolare, la legislazione statale ambientale

¹⁹ Significativa in proposito 67/2011, § 8.1.

²⁰ 147/2019, § 4.5.2., che collega la verifica al rispetto del punto di equilibrio.

²¹ 373/2010; 300/2013, § 5; 70/2014, 2; per un'affermazione di tale principio in favore delle Regioni cfr. 94/2013, § 4.1.

²² Così 259/2014, § 3.3., in materia di tutela dei beni culturali.

²³ Con molta precisione 341/2010, § 5.2.

²⁴ 12/2009, § 2; in 62/2008, § 7, la Corte scrive di «alcuni segmenti della tutela ambientale» affidati, nell'ipotesi specifica, alla Provincia di Bolzano.

²⁵ 226/2009, § 2-5, con riguardo a Trento (e Bolzano).

²⁶ 214/2005, § 2.

²⁷ 135/2005, § 3.2.; 51/2006, § 5-6 con riguardo alla Regione Sardegna; 380/2007, § 2.1., con riguardo alla Regione Sicilia in sede di conflitto di attribuzioni; 12/2009, § 2, ancora con riguardo alla Regione Sicilia.

²⁸ 244/2012, § 3; 278/2012, § 4, con riguardo alla Provincia di Bolzano.

²⁹ 62/2008, § 7, relativa alla Provincia di Bolzano.

³⁰ 9/2013, § 6, relativa alla Sardegna.

³¹ Oggetto rientrante nella valorizzazione dei beni ambientali: 212/2006, §§ 3-5.

³² 104/2008, § 6-8 e 329/2008, § 3 con riguardo a Trento e Bolzano.

viene considerata dalla Corte come espressione di ‘riforme economico-sociali’, capace di fungere da limite anche nei confronti della legislazione primaria delle Regioni speciali³³.

2.3. Principio di leale collaborazione e ‘punto di equilibrio’

Questo assetto non può non enfatizzare il ruolo del principio di leale collaborazione. Se esso ha oramai una portata generale, non da ultimo in ragione della sua costituzionalizzazione, è evidente che nella materia ambientale e dei beni culturali, in cui le Regioni sono autorizzate ad intervenire per effetto di autonomi titoli di legittimazione, il principio di leale collaborazione rappresenta un modulo procedimentale fondamentale per la tenuta del riparto competenziale.

Ciò emerge soprattutto nei casi in cui si confrontano competenze ‘forti’ sia dello Stato che delle Regioni. Emblematica la fattispecie della sent. 109/2011, §§ 3-5, in cui a confrontarsi erano la competenza esclusiva statale in materia di difesa del suolo³⁴ e una speculare competenza primaria della Provincia autonoma di Trento. In tale circostanza la Corte ha dichiarato l’illegittimità della norma statale che non assicurava adeguatamente il concorso di competenze dei due enti.

L’assetto finale è dunque il seguente: da un lato, l’ambiente inteso come sistema unitario, da cui deriva la trasversalità degli interventi di tutela rispetto ai diversi possibili ambiti di incidenza; dall’altro, il potere per le Regioni di adottare interventi legislativi per la cura di proprie competenze legislative che interferiscono con la materia ambientale.

Questa soluzione subisce però una sicura eccezione in tutte le ipotesi, da valutare caso per caso, in cui la fissazione di standard nazionali non miri a tutelare solo interessi ambientali bensì sia espressione del bilanciamento fra interessi ambientali e altri interessi rientranti nell’ambito delle competenze legislative regionali. Nel caso della l. 36/2001 sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, la Corte riconosce allo Stato il potere di fissare valori-soglia di emissione, derivante dalla competenza in materia di TdA; la questione ulteriore da affrontare era la legittimità delle leggi regionali che, essendo espressione di competenze regionali, fissavano valori più restrittivi, in astratto ammissibili secondo la giurisprudenza della Corte. È la Corte ad osservare che le leggi regionali impugnate *«attengono essenzialmente agli ambiti materiali – richiamati del resto anche dal ricorrente – della “tutela della salute”, minacciata dall’inquinamento elettromagnetico, dell’ “ordinamento della comunicazione” (per quanto riguarda gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi), della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia” (per quanto riguarda gli elettrodotti), oltre che, più in generale, del “governo del territorio” (che comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all’uso*

³³ 51/2006, §§ 5-6, con riguardo alla Sardegna; 238/2013, § 2.1.1., con riguardo alla Valle d’Aosta.

³⁴ Per la riconduzione delle attività relative alla difesa del suolo, anche con riguardo alla salvaguardia per i rischi derivanti da dissesto idrogeologico, alla materia della TdA, cfr. anche 109/2011, § 4.1 e 341/2010, § 5.2.; con riguardo, invece, al piano di bacino v. 254/2010, § 5; 44/2019, § 5-8 in materia di polizia idraulica; 86/2019, § 2.6.

del territorio e alla localizzazione di impianti o attività): tutti ambiti rientranti nella sfera della potestà legislativa “concorrente” delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell’art. 117, terzo comma, della Costituzione, e pertanto caratterizzati dal vincolo al rispetto dei (soli) principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato»³⁵.

La dichiarazione d’incostituzionalità delle leggi regionali discende dalla considerazione che «*la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l’impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell’energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato»³⁶.*

Anche nel caso del d.l. 279/2004, con il quale il legislatore statale ha stabilito il principio di coesistenza tra colture transgeniche, biologiche e convenzionali, in attuazione di una raccomandazione europea, la Corte ritiene che il legislatore abbia fatto uso delle sue competenze esclusive in tema di TdA nonché di quelle concorrenti in tema di tutela della salute. Nel caso specifico la disciplina statale mira a contemperare due interessi contrapposti, rappresentati, per un verso, dall’esercizio della libertà di iniziativa economica e, per l’altro, dalla TdA e dalla salute umana che, attraverso i principi di prevenzione e precauzione, sono in grado di esigere limiti alla libertà di iniziativa economica: la normativa statale è chiamata ad elaborare indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e ad individuare il «*punto di equilibrio fra esigenze contrapposte»³⁷.*

Le sentenze richiamate pongono un principio speculare rispetto alle conseguenze della trasversalità. In base a quest’ultima, infatti, le Regioni sono abilitate ad intervenire nell’esercizio di proprie competenze con il limite di non poter ridurre gli standard statali di tutela; in altri termini, in questi casi ai diversi interessi regionali è consentito di interferire. In base al principio del ‘punto di equilibrio’ la legislazione statale, che sia manifestazione della competenza sulla TdA e che sia, al contempo, diretta a bilanciare ulteriori interessi, blocca la possibilità di interventi regionali; in questo caso è cioè lo Stato ad aver già trovato una soluzione al contemperamento di diversi interessi, anche regionali.

3. Gli oggetti

Si passa ora all’esame degli oggetti della tutela ambientale riservata allo Stato.

³⁵ 307/2003, § 5.

³⁶ 307/2003, § 7; nello stesso senso cfr. 214/2008, § 3.

³⁷ 116/2006, § 6.

3.1. Valutazione d'impatto ambientale, valutazione ambientale strategica

Con riferimento al rapporto di strumentalità dei procedimenti di valutazione ambientale (d'impatto e strategica) rispetto alla TdA, la Corte ha osservato che «trattandosi di procedure che valutano in concreto e preventivamente la “sostenibilità ambientale”, non può dubitarsi che esse rientrino nella materia della tutela dell'ambiente»³⁸.

La Corte ha inoltre avvertito la necessità di sottolineare la distinzione tra VAS e VIA che, sebbene connesse, non possono essere assimilate in quanto «è ben possibile che la prima si riveli necessaria, a seguito di verifica di assoggettabilità, anche quando viene in considerazione un piano relativo a un progetto che non richiede la seconda, ma ugualmente dotato di impatto significativo sull'ambiente»³⁹.

Molto netta, nella disciplina di questi procedimenti, l'influenza del diritto dell'Unione europea, in particolare delle direttive. Se a tale premessa si aggiunge che l'art.117.5 Cost. attribuisce alle Regioni la potestà di attuazione del diritto dell'Unione nelle materie di propria competenza, risulta allora ben comprensibile la presenza di fattispecie di giudizio in cui la Corte, preso atto che l'atto unionale da attuare attiene alla materia ambientale, pure riconosce la presenza di competenze regionali attuative in ragione della trasversalità della materia ambientale medesima. Ciò spiega la presenza, in alcuni giudizi, del parametro costituito dall'art. 117.1, differenziato rispetto al titolo di legittimazione di cui all'art. 117.2.s)⁴⁰ ovvero dell'art. 117.5⁴¹. A ciò spinge anche il riconoscimento espresso di competenze regionali in materia di valutazione ambientale, anche da parte del Codice dell'ambiente⁴². Di fatto, secondo il Giudice delle leggi, «*le norme comunitarie integrano il parametro per la valutazione di conformità della norma regionale agli artt. 117, primo comma, e 11 Cost. (quest'ultimo inteso quale principio fondamentale), che ineriscono «non già alla violazione della competenza statale, ma all'inosservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», quindi riguardano anche le Regioni a statuto speciale*»⁴³. Da tale rappresentazione del rapporto tra art. 117.1 e norme comunitarie, la Corte fa discendere la seguente precisa 'regola di giudizio': «*le censure dirette a contestare il potere della Regione di emanare la norma impugnata, in base alle regole che disciplinano il riparto interno delle competenze, hanno carattere preliminare, sotto il profilo logico-giuridico, rispetto a quelle che denunciano il vizio oggetto della prima questione*»⁴⁴.

³⁸ 225/2009, § 4; 127/2010, § 3, con riferimento al nesso tra VIA e valore ambientale; 398/2006, § 4.4., e 225/2009, § 9; 58/2013, § 2 con riferimento alla VAS.

³⁹ 58/2013, § 2.

⁴⁰ 93/2013, § 2.1.

⁴¹ 398/2006, § 4.4.

⁴² In part.art.7d.lgs.152/2006: in proposito 141/2014, § 6.6. in materia di autorizzazione integrata ambientale.

⁴³ 368/2008, § 3.

⁴⁴ 368/2008, § 3, in cui lo Stato invocava come prima questione il contrasto della legge regionale con artt.117.1 e 11.

In maniera speculare la Corte è giunta a dichiarare l'inammissibilità di questioni, sollevate dalle Regioni, di compatibilità della legislazione nazionale rispetto a parametri unionali in quanto la violazione del diritto dell'Unione, qualora esso abbia ad oggetto materie di competenza statale, non ridonda in violazione delle attribuzioni regionali⁴⁵.

Incidentalmente conviene notare che le parti del Codice dell'ambiente dedicate alla VIA⁴⁶ e alla VAS⁴⁷ sono state oggetto di specifica impugnazione da parte delle Regioni, senza tuttavia conseguenze negative per la sua 'tenuta' costituzionale.

Rimane fermo il principio della trasversalità sancito dalla Corte in via generale a proposito della TdA, sicché le Regioni, anche in questo specifico settore, potranno intervenire per innalzare gli standard di tutela nazionali⁴⁸.

Ancora in via generale va osservato che i procedimenti di valutazione ambientale servono a bilanciare i diversi interessi sui quali incide la realizzazione dell'opera; tra questi, in particolar modo, quelli legati al governo del territorio e allo sviluppo economico⁴⁹. La presenza di tale delicato profilo di ponderazione legittima, secondo la Corte, l'attribuzione ad organi politici del potere decisionale in materia di VIA, anche se fondato su una previa istruttoria svolta da tecnici e dirigenti⁵⁰.

Anche la disciplina della valutazione di incidenza ambientale (VINCA) è stata oggetto di esame da parte della Corte. Da esse si ricava, innanzitutto, che la materia, disciplinata dal d.P.R. 367/1997, rientra sicuramente nella competenza esclusiva dello Stato; inoltre, in tale materia, la Corte ha escluso interventi regionali che pongano in essere discipline differenziate⁵¹.

Venendo alle questioni più peculiari dei procedimenti di valutazione ambientale, va ricordata la serie di decisioni in materia di c.d. VIA 'postuma', in cui, ancora una volta, il diritto dell'UE e, ancor di più, le interpretazioni della Corte di giustizia hanno svolto un ruolo decisivo di parametro per la valutazione della legislazione regionale⁵².

⁴⁵ 225/2009, § 9.5. e 9.8.1.

⁴⁶ 234/2009.

⁴⁷ 225/2009, §§ 9-10.

⁴⁸ 168/2010, § 3.1.; 67/2010, § 4; e 307/2003, § 8 per un caso in cui riconosce l'attrazione delle norme regionali in materia di VIA al governo del territorio; anche in 303/2003, § 31 dove si dichiara l'illegittimità di una norma dello Stato per mancata integrazione di organismo statale con rappresentanti regionali; 58/2013, § 3 dove si riconosce il potere delle Regioni di adottare misure di tutela giuridica più restrittive in materia di VAS; 124/2015, § 2, di annullamento di una disposizione legislativa regionale per mancata dimostrazione del maggior grado di tutela.

⁴⁹ Questo aspetto del bilanciamento risulta approfondito in 267/2016 a proposito della disciplina degli impianti eolici.

⁵⁰ 81/2013, § 13.

⁵¹ 67/2011, § 6.1. e 38/2015, § 2; 195/2017, § 6; 232/2017, § 3. VIA e VINCA hanno natura preventiva rispetto all'avvio di attività termominerarie: 117/2015, § 5.

⁵² In particolare in 209/2011, §§ 4-6, il giudizio viene risolto sulla base di un'attenta ricognizione della giurisprudenza unionale e in funzione del perseguimento dell'effetto utile della direttiva n. 85/337/CEE; ma v. anche 67/2010, §§ 5-6, in tema di divieto di proroga automatica di autorizzazione per la coltivazione di cave rilasciata in assenza di procedura di VIA (adde 145/2013 e 199/2014, § 5.2.); 120/2010, § 1 e 4, in tema di varianti di tracciati elettrici esistenti; 114/2012, § 4.4. in tema di acque pubbliche.

Altra frequente questione posta alla Corte riguarda la determinazione della sussistenza del potere regionale di stabilire la sottoposizione di una certa categoria di progetti alla disciplina regionale⁵³. Similmente, in materia di VAS, sono pervenuti alla Corte casi di leggi regionali che, illegittimamente, sottraevano a VAS progetti per i quali la legislazione nazionale ne prevedono la sottoposizione⁵⁴.

La Corte ha infine svolto un ruolo prezioso nella individuazione di quei principi in materia di valutazione ambientale cui la legislazione regionale non può sottrarsi: si incontrano così diverse sentenze in cui le leggi regionali sono colpite per non aver assolto adeguatamente agli obblighi di pubblicità in materia di valutazione ambientale⁵⁵ nonché sulla determinazione dei criteri per l'individuazione dei progetti assoggettati a procedura di VIA (c.d. screening) e ad AIA⁵⁶.

3.2. Paesaggio

Il 'paesaggio' è probabilmente il profilo materiale dell'ambiente sul quale la Corte ha avuto più occasioni di intervenire. Ciò ha una ragione specifica legata agli enunciati del testo costituzionale, che, all'art. 9, fa espressa menzione del 'paesaggio' come oggetto di tutela della Repubblica. È noto che la Corte ha ricostruito il concetto di ambiente proprio attraverso le disposizioni contenute negli artt. 9 e 32 Cost. In ragione di questo processo interpretativo, paesaggio e ambiente, nella giurisprudenza costituzionale, hanno spesso finito per sovrapporsi.

Dopo la l. cost. 3/2001 la Corte ha, per un verso, accentuato una concezione unitaria dell'ambiente e, per un altro, ha pure accentuato il ruolo delle c.d. tutele differenziate (le specifiche discipline dirette a regolare in maniera organica un settore ambientale). Questa duplice direzione non deve apparire contraddittoria, scaturendo dalla necessità di valorizzare il ruolo dello Stato come 'tutore' generale di tutti gli aspetti che possono contribuire a 'costituire' l'ambiente (se si vuole, è qui ravvisabile una dimensione orizzontale di coordinamento svolta dallo Stato) e di attribuire forza e pregnanza alle molteplici tutele ambientali differenziate che, nel corso del decennio, hanno preso forma.

Questo *modus procedendi* della Corte è presente nella giurisprudenza in tema di rapporti tra paesaggio e governo del territorio. Nella importante sent. 367/2007, § 7.1., la Corte

⁵³ 186/2010, § 3.3. in materia di autostrade e § 3.4 in materia di infrastrutture ferroviarie regionali; 127/2010, § 3 in materia di progetti relativi agli impianti mobili per il recupero di rifiuti non pericolosi; 67/2011, § 7.1. e 188/2013, § 3 in materia di progetti relativi ad impianti eolici; collegata a questa problematica è 171/2010, §§ 3-5 in materia di competenza della Regione a convocare conferenza di servizi in ordine a valutazione ambientale; 215/2015, in materia di deroghe all'obbligo di VIA per modifiche di tracciato di elettrodotti; 267/2016, § 4-5-, ancora in tema di disposizioni legislative regionali derogatorie in materia di VIA; con riguardo alla sottrazione allo *screening* 218/2017, § 3; 232/2017, § 2, riguardante la Sicilia; 246/2018, § 6, su legge regionale che escludeva l'opzione zero' in materia di VIA; 93/2019, §§ 1-4; 178/2019, § 7, favorevole alle previsioni di legge regionale.

⁵⁴ 58/2013, § 2; 178/2013, § 2.1.; 300/2013, § 3; 197/2014, § 3.2.; 219/2015, § 1-2; 245/2018, § 4; 118/2019, § 2.

⁵⁵ 227/2011, § 6; 93/2013, § 1.4; 93/2013, § 3.3.; 178/2013, § 4.

⁵⁶ 307/2003, § 29; 93/2013, § 1; 178/2013, § 3; 178/2019, § 6

riprende il concetto di paesaggio come ‘morfologia’ o aspetto del territorio, che lo rende, attraverso la previsione dell’art. 9 Cost. *«di per sé un valore costituzionale»*. In questa sentenza la Corte non disconosce che sul territorio insistono diversi interessi pubblici: quelli legati alla conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta allo Stato, e quelli legati alla fruizione del territorio, affidati alle Regioni. I primi rappresentano un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali. La Corte aggiunge che *«si tratta di due tipi di tutela, che ben possono essere coordinati fra loro, ma che debbono necessariamente restare distinti. E in proposito la legislazione statale ha fatto ricorso, ai sensi dell’art. 118 della Costituzione, proprio a forme di coordinamento e di intesa in questa materia»*⁵⁷.

Negli ambiti in cui lo Stato riconosce competenze regionali in materia paesaggistica, come avviene in particolare nel caso della pianificazione, la Corte interviene a ribadire – soprattutto in materia di autorizzazione paesaggistica⁵⁸ – che è lo Stato a determinare tali competenze, con la conseguenza che le Regioni non possono deviare dagli schemi fissati a livello nazionale, soprattutto mettendo in discussione la prevalenza del piano paesaggistico⁵⁹.

Anche in questo settore la Corte ricorre ai suoi nuovi arnesi: uso del principio di leale collaborazione inteso sia a contemperare interessi diversi attraverso l’intesa⁶⁰ sia come limite negativo nei confronti delle Regioni⁶¹ e ammissibilità di interventi regionali sul paesaggio a condizione che innalzino il livello di tutela⁶².

3.3. Parchi

Non è questa la sede per ricostruire i complessi sviluppi legislativi di un ambito molto complesso in cui Stato e Regioni hanno svolto ruoli differenti e spesso antagonisti. Basti qui dire che, prima della revisione costituzionale del 2001, la giurisprudenza costituzionale ricostruiva l’evoluzione normativa in termini di concorrenza della potestà legislativa regionale con quella statale, fondandosi soprattutto sui decreti di trasferimento delle funzioni amministrative degli anni ’70; su questa base un ruolo primario era svolto dal principio di leale collaborazione.

⁵⁷ 367/2007, §7.1.

⁵⁸ 232/2008, §§ 2-6; 101/2010, § 2, con riguardo al Friuli Venezia-Giulia; 235/2011, § 2; 139/2013, § 3; ma v. anche 66/2012, §§ 2-3 in materia di regime di esclusione della tutela prevista dal Codice dei beni culturali; 189/2016, § 6, e 65/2019, § 5.5., con riguardo alla Sardegna; 246/2017, § 3; 66/2018, § 3; 201/2018, § 5, con riguardo alla Provincia di Bolzano.

⁵⁹ 182/2006, § 2.2.; 211/2013, § 3; 210/2016, 4.1. e 4.5. in tema di prevalenza del piano paesaggistico e del principio inderogabile della pianificazione congiunta; 50/2017 ancora sulla prevalenza del piano paesaggistico rispetto ad a più specifici atti di pianificazione; 66/2018, § 2, in tema di obbligo di elaborazione congiunta del piano paesaggistico (su cui anche 68/2018, § 5, favorevole alla Regione); 178/2018, §§ 4-5, con riguardo alla Sardegna; 86/2019, § 2.1.-2.2., 2.4.-2.5.

⁶⁰ 182/2006, § 2.1.; 437/2008, §§ 3-4.

⁶¹ 166/2009, §§ 5-6 nella quale si fa divieto alle Regioni di sostituirsi con propri interventi legislativi a misure statali non ancora adottate.

⁶² Cfr. ancora 367/2007, § 8.1., con specifico riferimento alle clausole di salvaguardia.

La modifica del titolo V nel 2001 cambia necessariamente l'approccio alla definizione dei rapporti tra enti, anche se le istanze di fondo persistono nel tempo.

Rimane ferma, anzitutto, la finalità collegata all'istituzione dei parchi. Già nel 1972 la Corte con la sent. 142 aveva statuito, con riferimento ai parchi nazionali, che *«la formazione dei parchi vuol soddisfare l'interesse di conservare integro, preservandolo dal pericolo di alterazione o manomissione, un insieme paesistico dotato di una sua organicità e caratterizzato da valori estetici, scientifici, ecologici di raro pregio»*. Nel 2010 la Corte, estendendo la finalità anche ai parchi regionali, ribadisce che *«la istituzione di aree protette statali o regionali mira a “tutelare” ed a “valorizzare” quei territori che presentano valori culturali, paesaggistici ed ambientali, meritevoli di salvaguardia e di protezione»*⁶³.

Quanto all'assetto concreto delle competenze, la Corte ha faticato non poco a 'gestire' la trasformazione di un assetto che da sostanzialmente concorrenziale è divenuto, per norma costituzionale, esclusivo. Sintomatico della problematica individuazione di uno spazio normativo regionale è il passaggio argomentativo del Giudice costituzionale contenuto in sent. 108/2005 relativo ai parchi regionali come «espressione dell'autonomia regionale». Questo stato di cose aiuta a spiegare il notevole contenzioso costituzionale in materia di parchi, alimentato da leggi regionali che hanno provato ad incidere sulla legislazione nazionale.

Nel 2010 la Corte, preso atto che la modifica del titolo V *«ha mutato il quadro di riferimento in cui si inseriva la legge n. 394 del 1991»*, opera un apprezzabile sforzo concettuale diretto a chiarire l'interpretazione della legge appena menzionata nel nuovo contesto costituzionale, statuendo che *«una volta che la legge quadro sulle aree protette n. 394 del 1991 ha previsto l'esistenza di aree protette regionali, distinguendole da quelle statali sulla base del criterio della dimensione dell'interesse tutelato, e ne ha affidato alle Regioni la gestione, queste ultime devono esercitare competenze amministrative inerenti, sia alla “tutela”, sia alla “valorizzazione” di tali ecosistemi»*. Sbarazzando il campo da ogni ambiguità, la Corte stabilisce il principio che in materia di parchi la funzione legislativa spetta esclusivamente allo Stato, spettando alle Regioni solo *«funzioni amministrative di “tutela” se ed in quanto ad esse conferite dallo Stato, in attuazione del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118, primo comma, Cost.»*. La Corte continua osservando che il conferimento di tali funzioni amministrative, da esercitarsi secondo il principio di leale collaborazione, è appunto avvenuto con la l. 394/2010 e conclude stabilendo che *«è, dunque, attribuito alle Regioni l'esercizio delle funzioni amministrative indispensabili per il perseguimento dei fini propri delle aree protette: la funzione di tutela e quella di valorizzazione. Dette funzioni amministrative, che sono tra loro nettamente distinte, devono peraltro essere esercitate in modo che siano comunque soddisfatte le esigenze della tutela»*⁶⁴.

⁶³ 193/2010, § 2; 44/2011, § 4.2.

⁶⁴ 193/2010, § 2.

Di rilievo, sempre ai fini di questa opera di delimitazione delle competenze, anche la riconduzione delle aree naturali protette alla competenza esclusiva dello Stato⁶⁵. Tale inquadramento viene infine esteso dalla Corte anche nei confronti delle competenze primarie di alcune Regioni speciali o Province autonome, facendo valere il carattere di principi generali dell'ordinamento, nonché di norme fondamentali di riforma economica e sociale che la richiamata legislazione riveste⁶⁶.

Così delimitate le competenze regionali, rimane fermo che, trattandosi di materia trasversale, le Regioni possono intervenire attraverso provvedimenti che, in particolare, incidono sul funzionamento degli enti Parchi. La legittimità dell'intervento è però sempre sottoposta a una duplice condizione: 1) il rispetto degli standard fissati dalla legislazione statale, non riformabili *in pejus*⁶⁷; 2) il rispetto del principio di leale collaborazione⁶⁸.

3.4. Rifiuti

L'importante settore dei rifiuti è stato ricondotto alla materia ambiente per la sua evidente attinenza con la TdA⁶⁹. Il settore è inoltre particolarmente caratterizzato dalla presenza del diritto dell'UE, che ha disciplinato dettagliatamente i singoli settori⁷⁰. La Corte ha anche avuto modo di chiarire, incidentalmente, che con il passaggio al nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione non si è prodotto un ampliamento delle competenze regionali⁷¹.

⁶⁵ 272/2009, § 2.2.; 212/2014, § 4 in tema partecipazione dei diversi soggetti interessati al procedimento istitutivo delle aree protette. Sulle aree marine protette cfr. 36/2017, § 3.

⁶⁶ 378/2007, § 8, in cui la Provincia di Trento faceva valere le proprie competenze primarie in materia di parchi; 103/2017, § 4 con riguardo alla Sardegna.

⁶⁷ 429/2004, § 6, in tema di nulla osta dell'ente Parco ad opere all'interno dei parchi; 108/2005, § 3.1. in materia di cave all'interno dei parchi; 212/2006, §§ 3-4 in materia di raccolta di tartufi; 70/2011, § 2.1. in materia di poteri degli enti Parco regionali; 272/2009, § 4, 193/2010, § 3, 263/2011, §§ 2-6, tutte in materia di rapporti tra parchi e competenze regionali in materia di caccia; 325/2011, § 6, in materia di divieto di circolazione, con mezzi motorizzati, all'interno dei parchi regionali.

⁶⁸ 378/2007, §§ 6-9, in tema di individuazione delle 'zone speciali di conservazione'; 193/2010, § 3.2. in tema di pianificazione all'interno delle aree protette; 171/2012, § 3 in tema di attività edilizia in aree protette; 44/2011, § 4 e 74/2017, §§ 2.-3. in materia di turismo cinofilo all'interno dei parchi; 121/2018, § 4-15 e 180/2019, § 6.-16., in materia di sentieristica nei parchi.

⁶⁹ Da ultimo 67/2014, § 4.

⁷⁰ In via riassuntiva la Corte osserva quanto segue: «a) i rifiuti rientrano nella competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente (da ultimo sentenza n. 10 del 2009; vedi, anche, sentenze nn. 277 e 62 del 2008) e, conseguentemente, non può riconoscersi una competenza regionale in materia di tutela dell'ambiente (vedi sentenze nn. 10 del 2009, 149 del 2008 e 378 del 2007); b) le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei beni ambientali, etc.) livelli di tutela più elevati (vedi sentenze nn. 30 e 12 del 2009, 105, 104 e 62 del 2008). Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle Regioni, al fine della loro esplicazione»: 61/2009, § 4; 75/2017, § 3.

⁷¹ 62/2005, § 4, in riferimento alle competenze delle Province autonome e alla possibilità di applicazione della clausola prevista nell'art.10 L.cost.1/2003.

Ferma restando la possibilità per le Regioni di intervenire in tale ambito a condizione che perseguano finalità attinenti a competenze regionali e comunque garantendo livelli di tutela dell'ambiente più elevati rispetto a quelli della legislazione regionale⁷², le questioni specifiche che si sono presentate alla Corte hanno riguardato la *nozione di rifiuto* sotto il profilo della individuazione di possibili esclusioni di sostanze o materie che la normativa unionale e nazionale ricomprendono in quella generale di rifiuto⁷³. L'esigenza di evitare un'attrazione del rifiuto (e della sua nozione) nell'ambito di competenze regionali, a seconda della fonte di produzione del rifiuto stesso (si pensi, ad esempio, all'attrazione nella materia di 'tutela della salute', e quindi in una competenza concorrente, ove fosse possibile valutare il rifiuto in ragione della sua provenienza), ha spinto la Corte a sottolineare una nozione 'oggettiva' di rifiuto, vale a dire indipendente dal luogo o dalla fonte di produzione⁷⁴. La competenza esclusiva statale implica anche che alle Regioni non è permesso di adottare discipline in settori regolati da direttive unionali, pur in assenza di provvedimenti normativi statali di recepimento⁷⁵. Nella sent. 224/2016 la Corte ha affrontato una serie di censure (tutte respinte) che Lombardia e Veneto avevano sollevato nei confronti dell'art. 35 d.l. 133/2014, conv. in l. 164/2014, contenente una serie di disposizioni dirette a realizzare un sistema di gestione dei rifiuti su scala nazionale.

Un altro aspetto frequentemente dibattuto in Corte ha riguardato il potere delle Regioni di prevedere limiti allo smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale. La questione si intreccia con delicati profili sociali e politici, legati, per un verso, ai contrastanti 'rendimenti' regionali nella gestione dei rifiuti e, per l'altro, alla contingente scelta governativa di rilanciare la produzione dell'energia nucleare.

Con riguardo al primo profilo, la Corte, richiamandosi alla normativa unionale, ha ribadito che il divieto di disporre limiti allo smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale vale solo per i rifiuti urbani non pericolosi; per tutti gli altri rifiuti prevale il criterio della vicinanza che mira alla massima riduzione dei movimenti dei rifiuti pericolosi. La violazione di questi principi si pone in contrasto, oltre che con l'art. 117.2.s, anche con l'art. 120.1 Cost.⁷⁶.

In relazione al secondo profilo, invece, è stata dichiarata, con unica sentenza, l'incostituzionalità di tutte le leggi delle Regioni (meridionali) che hanno disposto il divieto di tran-

⁷² 149/2015, § 3; 180/2015, § 2, entrambe riguardanti conferimenti di rifiuti in discarica (torna sulla questione affrontata in quest'ultima sentenza 5/2016, §§ 2-4).

⁷³ 61/2009, §§ 5-7 in tema di materiali inerti da scavo; 159/2012, § 5-6, in tema di ampliamento della nozione di acque superficiali.

⁷⁴ 187/2011, § 4 in tema di scarichi idrici delle navi; sulla possibilità di ricondurre il rifiuto, nella sua qualità di bene commercialmente rilevante, all'attività imprenditoriale cfr. 244/2011, § 5.

⁷⁵ 127/2010, § 2; 373/2010, § 2 in tema di linee-guida per la gestione integrata dei rifiuti.

⁷⁶ 505/2002, §§ 3-5; 161/2005, § 4; 12/2007, §, riferita alla Sardegna; 10/2009, §§ 6-11; 244/2011, § 4.1; 54/2012, § 3.

sito e smaltimento di materiali nucleari provenienti da altri territori⁷⁷. Alla base di queste decisioni il Giudice costituzionale pone la strutturale incapacità delle Regioni nel gestire un problema, come lo smaltimento dei rifiuti radioattivi, che deve trovare una soluzione nazionale, anche in ragione della «*possibile irregolare distribuzione di tali rifiuti sul territorio nazionale*»⁷⁸.

La Corte ha ritenuto illegittime anche deliberazioni regionali contrastanti con scelte di fondo del legislatore nazionale (ad esempio in materia di inceneritori)⁷⁹.

Come si è riscontrato per gli altri settori, va osservato che il principio di collaborazione entra in gioco, per mitigare l'esclusività statale, nei casi d'interferenza del settore in esame con il governo del territorio. Di rilievo la sent. 62/2005, §§ 15-16, che ha utilizzato il principio di collaborazione (*pro* Regioni) in tema di procedimento per l'individuazione del Sito del deposito nazionale per la sistemazione in sicurezza dei rifiuti radioattivi⁸⁰. In senso contrario, il principio di collaborazione impedisce soluzioni regionali non concordate con lo Stato⁸¹.

Sempre nell'ambito delle interferenze col territorio si registra un caso in cui l'intervento regionale diretto a stabilire la localizzazione degli impianti di recupero dei rifiuti è stato considerato legittimo, alla luce del principio per cui è consentito alle Regioni in via generale intervenire sugli standard nazionali uniformi e minimi solo in direzione ampliativa della tutela⁸².

Infine questioni più puntuali sono state affrontate in tema di regionalizzazione della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti⁸³, di esercizio delle funzioni amministrative relative alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti in Campania⁸⁴, di (non) competenza dei Comuni a rilasciare l'autorizzazione alla gestione dei centri di raccolta dei rifiuti⁸⁵, di autorizzazione

⁷⁷ 62/2005, §§ 4-5 riferiti alla Sardegna, §§ 6-7 riferiti alla Basilicata, §§ 8-9 riferiti alla Calabria; a parte cfr. 247/2006, § riferito a legge del Molise.

⁷⁸ 247/2006, § 2; 315/2009 in tema di adempimenti connessi alla disciplina dei rifiuti pericolosi.

⁷⁹ 154/2016, § 5-6; 150 e 151/2018, §§ 3-5, in materia di piano di gestione dei rifiuti (e dei suoi collegamenti con il governo del territorio); sempre su questo ultimo profilo 215/2018, § 3, con riguardo al Friuli-Venezia Giulia; 142/2019, §§ 4-12.

⁸⁰ In senso conforme 133/2006, §4; 272/2009, § 2.1.

⁸¹ 185/2012, § 3 in tema di deroghe, per singoli Comuni, rispetto alle percentuali di raccolta differenziata; sul punto v. però 312/2003, § 7.

⁸² 314/2009, § 2.2.

⁸³ 314/2009, § 3.; 101/2016 a proposito di una legge regionale che ampliava la nozione di rifiuti urbani.

⁸⁴ 69/2011, § 4; 100/2014, §§ 4-5.

⁸⁵ 127/2010, § 1.

allo scarico idrico domestico⁸⁶, di rocce e terre da scavo⁸⁷, di abbruciamento in loco di residui vegetali⁸⁸, di scarti animali⁸⁹.

Quanto, infine, alla bonifica dei siti contaminati, cui l'art. 264 d.lgs. 152/2006 (codice dell'ambiente) dedica attenzione in attuazione di direttive dell'Unione europea in materia di rifiuti, è da registrare un'unica sentenza con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una norma regionale che disponeva, con riferimento a bonifiche avviate prima dell'intervento del codice dell'ambiente, in senso diverso dalla norma del codice ambientale⁹⁰.

3.5. Corpi idrici e disciplina degli scarichi

Pochi cenni alla tutela dei corpi idrici e alla disciplina degli scarichi. Come è noto, la materia è oggetto di organica disciplina da parte del d.lgs. 152/2006 agli artt. 91 ss. Anche per questa parte il codice dell'ambiente è stato oggetto di censure da parte regionale, che hanno riguardato in particolare la disciplina dell'Autorità d'ambito ottimale e che sono state respinte con la sent. 246/2009⁹¹.

Prioritario, rispetto a tale regolamentazione, è il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di acque fondato sulla distinzione tra acque minerali e termali, rientranti nella competenza regionale residuale, e tutela ambientale delle acque, rientrante nella competenza esclusiva statale. Sulle prime –ha osservato la Corte – vi è quindi un concorso di competenze: alle Regioni l'utilizzazione del bene e allo Stato la tutela o la conservazione del bene medesimo⁹².

Gran parte del contenzioso costituzionale ha riguardato la disciplina degli scarichi idrici. In questo ambito la Corte costituzionale, prendendo come punto di riferimento la disciplina codicistica, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che, per diversi motivi, si sono tenute al di sotto dello *standard* di tutela stabilito a livello nazionale⁹³. Pochi i casi in cui la legislazione regionale ha retto al vaglio di costituzionalità. Ciò si è verificato in relazione ad una legge toscana con la quale la Regione ha delegato alle Province il potere autorizzatorio in materia di ripascimento della fascia costiera e di immersione di materiali di scavo dei fondali⁹⁴; in relazione ad una legge friulana in materia di scarichi

⁸⁶ 133/2012, § 4.

⁸⁷ 300/2013, § 5; 70/2014, § 2.1, già richiamate a proposito dell'esclusione del carattere suppletivo degli interventi regionali in materia ambientale, e 232/2014, § 4; 269/2014, § 11; 67/2015, § 4.

⁸⁸ 16/2015, § 4; 67/2015, § 3; 60/2015, § 2.

⁸⁹ 58/2015, § 5.

⁹⁰ 214/2008, § 3.

⁹¹ Sullo stesso oggetto, per come disciplinato da una legge regionale, 128/2011, § 2.

⁹² 1/2010, § 3.1.; 28/2013, § 11.

⁹³ 234/2010, § 3 con riguardo al F.V.G.; 44/2011, § 3.3.; 187/2011, § 2; 133/2012, § 4; 209/2014, § 7; 229/2017, § 2 in tema di proroga ai prelievi di risorse idriche prevista da provvedimento della Sicilia; 153/2019, § 2, in tema di piano di tutela delle acque.

⁹⁴ 259/2004, § 2.

idrici⁹⁵ e in relazione ad una legge ligure diretta ad inserire nel reticolo idrografico regionale corpi idrici che sarebbero sfuggiti ad opportuna classificazione⁹⁶.

3.6. Prevenzione dei rischi industriali e ambientali

Anche questa materia, per la sua rilevanza, subisce l'influenza del diritto dell'Unione europea. Il d.lgs. 334/1999 è l'atto che ha dato compiuta attuazione al diritto unionale.

La disciplina di questo importante settore può essere considerato un caso di scuola per comprendere la trasversalità dell'ambiente (e non a caso, la prima rilevante sentenza successiva alla revisione costituzionale del 2001 ha ad oggetto proprio la disciplina sulle attività a rischio rilevante⁹⁷). Nella sent. 214/2005 la Corte ha infatti osservato che il d.lgs. 334/1999 relativo al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose incrocia diverse competenze, tra cui quelle della tutela della salute umana, del governo del territorio, della protezione civile. Di conseguenza, alcune disposizioni del decreto fungono da principi fondamentali nei confronti delle Regioni, consentendo a queste ultime interventi normativi di dettaglio⁹⁸. In questo settore è da registrare anche un conflitto di attribuzione relativo al potere ispettivo dello Stato, previsto dall'art. 25 del d.lgs. 334/1999, risolto a favore dello Stato⁹⁹.

3.7. Elettrosmog

È questo un settore in cui TdA, tutela della salute, governo del territorio e interesse statale alla diffusione sull'intero territorio nazionale della rete per le telecomunicazioni si intrecciano in maniera evidente. La Corte ha affrontato la questione fin dal 2003 ponendosi l'interrogativo *«se i valori-soglia (limiti di esposizione, valori di attenzione, obiettivi di qualità definiti come valori di campo), la cui fissazione è rimessa allo Stato, possano essere modificati dalla Regione, fissando valori-soglia più bassi, o regole più rigorose o tempi più ravvicinati per la loro adozione»*. Nel rispondere al quesito la Corte osserva che la fissazione di tali valori non risponde solo all'esigenza di proteggere la salute dai rischi dell'inquinamento elettromagnetico, bensì di *«consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione»*¹⁰⁰. Sulla

⁹⁵ 100/2012, § 4.

⁹⁶ 77/2017, §§ 3-4.

⁹⁷ 407/2004, § 4.

⁹⁸ Con riguardo all'art. 20 cfr. 214/2005, § 2; con riguardo all'art. 18 cfr. 32/2006, § 2 e 248/2009, § 2.

⁹⁹ 135/2005, §§ 2-4.

¹⁰⁰ 307/2003, § 7; e poi in 331/2003, § 4 e 103/2006, § 3.

base di questo assetto di interessi – un altro punto di equilibrio – la Corte ha poi risolto questioni più specifiche¹⁰¹.

3.8. OGM e risorse geotermiche

La disciplina degli organismi geneticamente modificati (OGM) è stata ricondotta dalla Corte costituzionale alla TdA e alla tutela della salute¹⁰². Il Giudice delle leggi, nell'ambito di questa decisione, ha operato una distinzione tra i provvedimenti normativi adottati per la TdA e della salute umana dalle attività di rilascio di OGM (in particolare il d.lgs. 224/2003) e i provvedimenti diretti a disciplinare gli aspetti economici della coltivazione di OGM (d.l. 279/2004).

Di interesse è la disciplina delle risorse geotermiche, sia dal punto di vista dell'evoluzione normativa che da quello della riconduzione al riparto delle competenze. In proposito la Corte ha avuto modo di valutare lo sviluppo della disciplina normativa, in un primo momento orientata a considerare le risorse geotermiche all'interno della disciplina delle miniere. L'emergenza ambientale ha poi *«indotto il legislatore statale a distinguere le risorse geotermiche dalle altre risorse minerarie giacenti nel sottosuolo, provvedendo all'emanazione di una disciplina speciale, della quale fa menzione anche il codice dell'ambiente, precisando, all'art. 144, comma 5, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152»*. Sicché, oggi, *«le “risorse geotermiche” costituiscono un bene giuridico multifunzionale, per le diverse utilità che esse esprimono: quella economica, relativa alla produzione di energia, e quella ambientale conseguente al fatto che esse costituiscono una fonte di energia rinnovabile e, quindi, compatibile con la tutela dell'ambiente. Energia e ambiente, in queste disposizioni, non sono più termini antitetici, ma conciliabili tra loro. Le risorse geotermiche, infatti, sono, contemporaneamente, un bene giuridico economico-produttivo ed un bene ambientale»*¹⁰³. Tale ricostruzione ha indotto la Corte a considerare, nella fattispecie concreta, alcune disposizioni del d.lgs. 22/2010 come aventi *«il valore di una “riforma economico-sociale” di rilevante importanza e, indipendentemente dal problema delle situazioni dominicali, debbono essere osservate anche dalle Regioni a statuto speciale e dalle Province autonome, titolari di competenze primarie in tema di “miniere”»*¹⁰⁴.

3.9. Tutela e valorizzazione dei beni culturali

In relazione alla tutela dei beni culturali, alla Corte è stata posta la questione della distinzione tra tutela e valorizzazione, giacché la prima attività rientra tra le competenze esclusive dello Stato e la seconda tra quelle concorrenti. Il Giudice delle leggi non ha mancato di sottolineare la forte affinità esistente tra l'attività di tutela dell'ambiente e l'attività di tutela

¹⁰¹ Cfr. 307/2003, 331/2003, 103/2006.

¹⁰² 116/2006, §§ 4-6.

¹⁰³ 112/2011, § 3.

¹⁰⁴ 112/2011, § 4: in questo paragrafo ricorre anche il termine à la page di 'bene comune'.

dei beni culturali, enfatizzando, per entrambe, la caratteristica di essere materie-attività, il loro spiccato profilo teleologico, l'inevitabile intreccio con altre materie, come il governo del territorio. Non a caso, nella materia dei beni culturali, il legislatore costituzionale ha previsto forme di intesa e di coordinamento tra Stato e Regioni all'art. 118.3. Cost.¹⁰⁵.

La Corte ha inoltre sottolineato che 'tutela' e 'valorizzazione' esprimono aree di intervento diversificate. Più precisamente, allo Stato spetta «*la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché [al]la loro protezione e conservazione*»; mentre alle Regioni spettano, ai fini della valorizzazione, «*la disciplina e l'esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza, utilizzazione e fruizione di quel patrimonio*». Il Giudice delle leggi non può esimersi dal notare «*l'ontologica e teleologica contiguità delle suddette aree*», che determina situazioni di concreto concorso tra competenza esclusiva e concorrente¹⁰⁶.

Quanto poi alla concreta distinzione tra tutela e valorizzazione, la Corte costituzionale ha utilizzato come parametro integrativo delle disposizioni costituzionali gli artt. 148, 149 e 152 del d.lgs. 112/1998 e del d.lgs. 490/1999¹⁰⁷. In particolare la Corte ha osservato che «*il terzo comma dell'art. 149 del d.lgs. n. 112 del 1998 riserva alla esclusiva competenza statale anzitutto la "apposizione di vincolo, diretto e indiretto, di interesse storico o artistico e vigilanza sui beni vincolati" e tutto quanto riguarda "autorizzazioni, prescrizioni, divieti, approvazioni e altri provvedimenti, anche di natura interinale, diretti a garantire la conservazione, l'integrità e la sicurezza dei beni di interesse storico o artistico" ed "esercizio del diritto di prelazione"*; il primo comma dell'art. 152 del medesimo testo normativo afferma, invece, che "lo Stato, le regioni e gli enti locali curano, ciascuno nel proprio ambito, la valorizzazione dei beni culturali"».

Di rilievo è la ulteriore specificazione che «*queste funzioni peraltro ineriscono ai beni culturali quali attualmente definiti e disciplinati dal d.lgs. n. 490 del 1999, ma non riguardano altri beni cui, a fini di valorizzazione, possa essere riconosciuto particolare valore storico o culturale da parte della comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali ai sensi del d.lgs. n. 490 del 1999 e la conseguente speciale conformazione del loro regime giuridico*»¹⁰⁸. Il Giudice della costituzionalità, nel caso concreto, ha così respinto la questione di legittimità costituzionale relativa a una legge della Regione Lazio sugli esercizi commerciali ed artigianali del Lazio aperti al pubblico che hanno valore storico, artistico, ambientale.

¹⁰⁵ 232/2005, § 2.

¹⁰⁶ 194/2013 e 140/2015, § 6.1.

¹⁰⁷ 94/2013, § 4.1., ma già prima 26/2004, § 3.

¹⁰⁸ 94/2013, § 4.1. Nel senso dell'illegittimità della legge regionale che interviene sulla disciplina delle cose che presentano «interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico» cfr. 194/2013.

3.10. Altri oggetti

Altri oggetti sono stati saltuariamente affrontati dalla Corte. È questo il caso dell'immersione in mare di materiale di escavo dei fondali marini e movimentazione dei sedimenti marini o salmastri, disciplinati dall'art.109 del Codice dell'ambiente e ricondotti alla lett.s). La competenza legislativa esclusiva statale non esclude interventi del legislatore regionale, che, attenendosi alle proprie competenze, siano rispettosi degli *standard* di tutela predisposti dal legislatore statale¹⁰⁹.

Il tema degli animali di affezione e della prevenzione del randagismo è stato toccato nella sent. 99/2015. Alcune pronunce della Corte hanno affrontato la materia della disciplina tributaria dei rifiuti, stabilendo che la competenza statale in materia di tutela dell'ambiente implica anche una disciplina unitaria degli incentivi e disincentivi collegati all'imposizione fiscale¹¹⁰.

In sent. 132/2017, §§ 2-3, la Corte ha dichiarato incostituzionale la previsione legislativa regionale che coinvolgeva l'Arpa Molise in funzioni di amministrazione attiva; di recente, con riguardo alla l. 132/2016, la Corte è ritornata sul tema con la sent. 212/2017, §§ 4-12, in un giudizio azionato dalle Province autonome.

Altra questione specifica riguarda l'uso del provvedimento legislativo – al posto di quello amministrativo – per disciplinare profili di diritto ambientale. Il fenomeno è ben conosciuto e riguarda la c.d. legificazione, sistematicamente colpita da incostituzionalità¹¹¹.

Da ultimo la sent. 246/2018, § 5 e 7, è intervenuta sul rapporto tra procedura di VIA e rilascio del provvedimento autorizzatorio e su questioni legate alla conferenza di servizi¹¹². Sul rapporto tra livelli di governo nella gestione dei rifiuti interviene la sent. 129/2019, § 3, che ha avuto modo di precisare che anche le disposizioni di natura organizzativa integrano quei livelli di tutela uniformi che non ammettono deroga da parte del legislatore regionale. La statuizione trova un importante precedente nella sent. 198/2018, § 8.4.3., in cui la Corte ha avuto modo di affermare che le modifiche introdotte alla distribuzione delle competenze con il d.lgs. 104/2017 si giustificano con l'esigenza di rendere omogenea su tutto il territorio nazionale l'applicazione delle nuove regole, e ciò indipendentemente dal riaccentramento che esse comportano¹¹³.

¹⁰⁹259/2004, § 2; 44/2011, § 3; 84/2015, § 3.

¹¹⁰58/2015, § 5.4. e 85/2017, § 4.3.; 133/2017, § 5.5., con riguardo alla Sicilia.

¹¹¹Esempi in 260/2017, § 5-6; 66/2018, § 7 in materia di cave; 70/2018, §§ 2-3, in materia di caccia; 7/2019, § 6.3., che fa salvo l'intervento legislativo regionale; 28/2019, §§ 2-3.

¹¹²Su cui cfr. anche 9/2019.

¹¹³Per un seguito riguardante la Valle d'Aosta si v. 147/2019, §§ 3-4.

4. Interferenze competenziali

Il carattere trasversale espone la materia ambientale e dei beni culturali a inevitabili interferenze con altri titoli di legittimazione. In alcuni casi è la logica della trasversalità a governare l'interferenza, aprendo così il varco a quegli interventi regionali normativi che innalzano il livello di tutela. In altre ipotesi, in cui gli intrecci di competenza chiamano in gioco interessi materiali contrapposti, spesso riconducibili ad altre competenze esclusive dello Stato, l'interferenza viene governata dalla logica del 'punto di equilibrio', che restringe, e non di poco, gli spazi normativi lasciati alle Regioni dalla logica della trasversalità. Al di là di casi in cui le interferenze sono piuttosto sporadiche¹¹⁴, conviene soffermarsi sulle interferenze che si potrebbero definire strutturali o sistemiche, vale a dire sui settori materiali in cui l'esercizio di determinate competenze sollecita necessariamente l'istanza di tutela ambientale, procedendo per tipologie di competenze.

4.1. Interferenze con competenze esclusive/primarie

Le finalità di tutela ambientale prevalgono anche allorché entrino in contatto con competenze primarie delle Regioni ad autonomia speciale. È un punto fermo della giurisprudenza costituzionale – e lo si è già notato ad inizio di questa rassegna – che le norme fondamentali adottate dallo Stato in materia ambientale sono da considerarsi quali leggi di 'riforme economico-sociali', che, insieme agli obblighi internazionali, operano come limite anche nei confronti della potestà legislativa primaria delle Regioni speciali¹¹⁵.

Con riguardo alla potestà legislativa primaria della Regione Sardegna in materia di caccia, la Corte ha stabilito la prevalenza della disciplina statale in materia di TdA ove l'intervento statale sia rivolto a garantire standard minimi e uniformi di tutela. Quindi la competenza esclusiva dello Stato prevale anche sulla competenza primaria regionale¹¹⁶. E, al contrario, la disciplina regionale, anche se rientrando in competenza primaria, non può contraddire la disciplina statale¹¹⁷. Similmente ha proceduto la Corte nella sent. 275/2012, dove il contrasto è tra competenza statale in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» e competenza primaria della Provincia di Trento in materia di tutela del paesaggio.

4.2. Interferenze con competenze concorrenti

Le finalità di TdA incrociano diverse materie della potestà legislativa concorrente.

¹¹⁴Tutela della concorrenza (8/2013, § 4.1.), livelli essenziali delle prestazioni, profilassi internazionale (72/2013, § 8).

¹¹⁵Solo esemplificativamente: 172/2018, § 6; 178/2018, §§ 4-5; 198/2018, 6.2.2.; 147/2019, § 3.2.2.

¹¹⁶536/2002, § 5.

¹¹⁷233/2010, § 3.2. Ancora di recente 210/2014, §§ 5-12, in materia di sui quali la potestà esclusiva statale, prevista dall'art. 142 del codice dei beni culturali, ha prevalso sulla potestà primaria della Regione Sardegna, riconosciuta dall'art. 3.1.n) dello statuto (riprende la questione 103/2017, § 3).

In primissima battuta va osservato che la materia in esame si collega strutturalmente a quella di competenza concorrente definita 'valorizzazione dei beni culturali e ambientali...'. Come si è già avuto modo di osservare, tra tutela dell'ambiente e dei beni culturali e loro valorizzazione esiste un legame così intenso da aver posto un problema di distinzione tra le due attività. È forse degno di nota evidenziare che, mentre nella lett.s) dell'art. 117.2, l'ambiente precede i beni culturali, nel titolo rientrante nella competenza concorrente i beni culturali precedono i beni ambientali¹¹⁸.

Le interferenze sono inoltre molto frequenti nei confronti del *governo del territorio*, in cui le discipline localizzative e territoriali delle Regioni hanno dovuto contemperarsi con le finalità di tutela ambientale dello Stato¹¹⁹ e della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, dove la finalità di assicurare e conformare gli interessi connessi alla protezione dell'ambiente nell'ambito di un mercato concorrenziale può prevalere rispetto ad altri interessi di rilievo regionale¹²⁰. Da ultimo la Corte ha ribadito questo principio anche nei confronti della competenza della Regione Sardegna a disciplinare gli aspetti paesistico-ambientali, stabilendo il principio che *«la competenza primaria attribuita ad una Regione speciale o ad una Provincia autonoma in materia di tutela del paesaggio rende inapplicabili alle suddette autonomie speciali le linee guida nella loro interezza, ma non esonera le medesime dall'osservanza delle disposizioni a carattere generale contenute nelle linee guida»*¹²¹.

Con riguardo alla protezione civile, la Corte ha osservato che la TdA vi si connette «in modo quasi naturale»¹²².

4.3. Interferenze con competenze residuali

Carattere finalistico e trasversalità della tutela condizionano anche le competenze regionali residuali, in particolare in materia di pesca, di caccia, di servizi pubblici locali, di agricoltura¹²³, di cave¹²⁴, ogni qual volta entri in gioco un profilo di tutela ambientale. Ciò è quanto accade in tema di pesca¹²⁵, materia ricondotta alla potestà legislativa residuale in una decisione molto articolata in cui si avverte tuttavia che *«per la complessità e la polivalenza delle attività in cui si estrinseca, possono interferire più interessi eterogenei, taluni statali, altri regionali, con indiscutibili riflessi sulla ripartizione delle competenze*

¹¹⁸Si rinvia alle sentenze citate nel paragrafo dedicato ai beni culturali e alla 212/2006, §§ 3-5, per il rapporto con la valorizzazione dei beni ambientali.

¹¹⁹331/2003, § 4; 103/2006, § 3; 113/2018, § 6, in materia di usi civici.

¹²⁰88/2009, § 3; 101/2010, § 3.2., 344/2010, § 2.1., 67/2011, § 6.1., 308/2011, § 3, 85/2012, § 3 in tema di energie rinnovabili; 278/2010, § 12 e 331/2010, §§ 6-7, in tema di energia nucleare; 86/2019, § 3.1.

¹²¹224/2012, § 4.

¹²²32/2006, § 3 e poi in 284/2006, § 3.1.

¹²³Da ultimo, con riguardo ai consorzi di bonifica, 188/2018, §§ 6-7.

¹²⁴210/2016, § 4; 66/2018, §§ 4-5; 176/2018, § 3.

¹²⁵Per un'attenta ricostruzione del settore della pesca 30/2009, § 3; 98/2017 riguardante il Friuli-Venezia Giulia.

*legislativa ed amministrativa*¹²⁶ e, tra gli interessi statali, vi è appunto quello alla tutela dell'ecosistema¹²⁷.

Non dissimile la situazione in materia di caccia. La riforma costituzionale del 2001 ha avuto l'effetto di far 'scivolare' la materia dalla potestà concorrente in quella residuale, senza tuttavia far venir meno la forza vincolante delle disposizioni della l. 394/1991, «*le quali oggi assumono la veste di standard minimi uniformi, previsti dalla legislazione statale, nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. Con riferimento alla questione in oggetto, la Regione pertanto non può prevedere soglie inferiori di tutela, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere livelli maggiori, che implicano logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali (sentenze n. 193 del 2010 e n. 61 del 2009)*»¹²⁸. Da segnalare la sent. 7/2019, § 6.2., che rilegge i poteri delle Regioni in materia di caccia (anche alla luce del concetto di comunità regionale)¹²⁹.

Il rapporto tra TdA e competenze regionali residuali in materia di servizi pubblici locali ha conosciuto vicende particolarmente tormentate nel settore del servizio idrico integrato, che, come precisato dalla Corte in diverse sentenze, incrocia le competenze statali in materia di tutela della concorrenza e dell'ambiente¹³⁰.

Nella ricerca dell'equilibrio tra interessi statali e regionali – condotta, di volta in volta, con riguardo alla materia incisa – gioca un ruolo decisivo, in collegamento con il principio di prevalenza, il principio di leale collaborazione¹³¹. Vale la pena di notare che questi due criteri sono stati applicati per valutare la legittimità della previsione normativa di fondi statali¹³². E così, mentre in un caso¹³³ è fatta salva la previsione di un fondo in materia di sostenibilità ambientale del trasporto pubblico locale, in un'altra fattispecie¹³⁴ la disposizione normativa statale è dichiarata illegittima perché, mancando una materia prevalente statale cui ricondurre la fruizione del fondo, avrebbero dovuto esser previsti meccanismi di collaborazione.

¹²⁶ 213/2006, § 7.1.

¹²⁷ 233/2009, § 12; 288/2012, § 4-5.

¹²⁸ 142/2010, § 2.2.2; 315/2010, § 3.1.; v. inoltre 263/2011, § 4.1.; 136/2014, § 2; 209/2014, § 8.; 124/2016, § 5; 139/2017; 174/2017, §§ 7 e 9-11; 260/2017, §§ 4-7; 206/2018, § 2; 217/2018, § 1, sulla distinzione tra caccia e abbattimento della fauna nociva; 10/2019, § 3; 16/2019, §§ 3-4; 44/2019, §§ 9-11; 171/2019, §§ 2-5.

¹²⁹ E ciò vale anche nei confronti dell'esercizio della competenza legislativa delle Regioni speciali in materia di caccia: 2/2015, § 3.

¹³⁰ 246/2009, in part. § 12.2.; 62/2012, § 3.2.; 50/2013, §§ 4.1.; 228/2013, § 3.1.; 32/2015, §§ 5-8; 117/2015, § 4; 142/2015, § 3 riguardante la competenza primaria della Valle d'Aosta in materia; 51/2016, § 3; 93/2017, §§ 3-4 riguardante la Sicilia; 173/2017, § 4; 65/2019, §§ 1-4. Il sistema idrico integrato rientra nella potestà legislativa primaria o residuale delle Regioni speciali: cfr. 65/2019, § 1.

¹³¹ 233/2009, § 12; 81/2007, § 8.

¹³² Sui quali, da un punto di vista generale v. 168, § 3.2.1.

¹³³ 142/2008, § 5.

¹³⁴ 168/2008, § 5.1.

5. Conclusioni

Al di là delle peculiarità della materia, caratterizzata da trasversalità e orientamento finalistico, va evidenziato che risulta oramai difficile attenersi a una concezione dell'ambiente come mera materia di riparto tra enti territoriali. È piuttosto vero che l'ambiente e la sua tutela caratterizzano la gran parte delle politiche pubbliche. Alla pari di altri principi di struttura dell'ordinamento, la TdA è diventata qualcosa di più di una materia che la Costituzione riserva a uno o più enti territoriali; nel linguaggio della Corte esso è un valore costituzionale a cui tutte le politiche pubbliche devono ispirarsi e conformarsi. Da questo punto di vista la formalizzazione del principio di integrazione contenuta nell'art. 11 TFUE esprime meglio di ogni altra soluzione nazionale la primazia che la TdA ha assunto all'interno degli ordinamenti giuridici rispetto ad altri pur rilevanti interessi. Il carattere trasversale della materia ambientale è la logica conseguenza di questa premessa. In particolare si è visto come la Corte abbia provveduto a definire la natura teleologica o finalistica del titolo di legittimazione statale¹³⁵, accentuando il rilievo del termine 'tutela' contenuto nella lett. s).

Molto si è discusso, negli anni più recenti, sulla coerenza della giurisprudenza costituzionale in materia di ambiente. La critica più ricorrente rinviene nella svolta delle sentt. 367 e 378/2007 l'abbandono del riferimento al valore 'ambiente' a favore di un'accezione dell'ambiente come bene giuridico materiale, comprendente anche il paesaggio. Questa caratterizzazione dell'ambiente come oggetto complesso e, al tempo stesso, unitario porterebbe ad escludere il legislatore regionale dalla possibilità di interventi conformatori e ad una accezione astratta e aprioristica del bene ambiente.

Nella giurisprudenza costituzionale, tuttavia, non è possibile registrare una frattura così netta. Le pagine che precedono dimostrano che la Corte non abbandona il riferimento all'ambiente come valore. Non solo, ma le premesse per un'accezione anche unitaria dell'ambiente erano presenti già nelle prime sentenze successive al 2001. Basti per tutte il riferimento alla sent. 536/2002 dove l'ambiente viene qualificato come "bene unitario". Dunque, la rassegna finora svolta permette di rinvenire, piuttosto che una 'svolta' giurisprudenziale, un'evoluzione della giurisprudenza della Corte che conserva e valorizza (e in qualche caso scopre nuove) successive dimensioni dell'ambiente, le quali tuttavia non sono tra loro incompatibili. Rimane fermo che la dimensione primaria e assoluta del valore 'ambiente' non implica un posizionamento dello stesso «alla sommità di un ordine gerarchico assoluto», tanto è vero che la Corte lo ha potuto porre, nella nota sent. 85/2013, in bilanciamento con altri interessi altrettanto prioritari.

Va infine osservato che all'ispessimento materiale dell'ambiente ha corrisposto anche un'estensione in senso orizzontale. La rassegna ha cercato di far emergere tutte le estese imbrici-

¹³⁵Tra i tanti esempi 232/2005, § 2; 443/2007, § 6.3.; 341/10, § 5.2.

cazioni della materia ambientale, che da settori considerati già da tempo come ‘ambientali’ ha finito per abbracciare anche il paesaggio inteso come ‘morfologia’ del territorio. Questo lavoro di ampliamento è stato senza dubbio favorito dalla previsione, accanto all’ambiente, della tutela dell’ecosistema, che sottintende una dimensione oggettiva, non necessariamente antropocentrica della natura.

Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporaneo*

Paola Bilancia**

SOMMARIO: 1. La concezione storicamente “materialistica” dell’ambiente nella Costituzione. – 2. La nuova sensibilità sociale per i temi dell’ambiente e la prospettiva comparata (e multilivello). – 3. Enti decentrati e ambiente negli ordinamenti costituzionali tedesco, francese e italiano. – 3.1. Germania. – 3.2. Francia. – 3.3. Italia. – 3.4. (segue) Esempi di possibili interventi che facciano leva sulle competenze degli enti decentrati. 4. Conclusioni.

1. La concezione storicamente “materialistica” dell’ambiente nella Costituzione

La Costituzione repubblicana, nella versione originariamente approvata dall’Assemblea costituente, non faceva espressa menzione dell’“ambiente” (termine che è stato poi successivamente introdotto con la revisione costituzionale del 2001). L’articolo 9 Cost. – uno dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale – tutela infatti soltanto il “paesaggio”, che viene affiancato al “patrimonio storico e artistico della Nazione” quale oggetto di

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente scritto rielabora la relazione tenuta dall’Autrice ad Alessandria il 10 maggio 2019, in occasione dell’XI Settimana di studi sulle autonomie locali, dedicata a “Regioni, enti locali e ambiente” e promossa dal Dottorato di ricerca in Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza dell’Università del Piemonte Orientale.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

tutela da parte della Repubblica¹. L'interpretazione iniziale del concetto di "paesaggio" era quindi un'interpretazione materialistica e statica², sostanzialmente coincidente, nelle prime letture dottrinali e giurisprudenziali, con la nozione di "bellezze naturali". Lo stesso concetto di "bellezze naturali" era, del resto, già stato introdotto nell'ordinamento, in epoca pre-repubblicana, con la legge n. 1497 del 29 giugno 1939 sulla "Protezione delle bellezze naturali" che tutelava una serie di beni naturali e paesaggistici sulla scorta di un criterio di amenità, e dunque per via del loro particolare valore estetico e tradizionale³.

La tesi materialistica e statica della protezione del paesaggio recepita in Costituzione, e dunque l'identificazione dell'oggetto della tutela di cui all'articolo 9 Cost. con le "bellezze naturali" di cui alla legge n. 1497/1939 è stata autorevolmente sostenuta, in dottrina, da Sandulli⁴. Tale interpretazione è stata condivisa a lungo dalla Corte costituzionale, che con diverse pronunce ha affermato come la tutela del paesaggio ex articolo 9 Cost. dovesse essere intesa come volta a soddisfare esigenze di tipo prevalentemente estetico, e dunque come tutela delle amenità naturali presenti nell'ordinamento⁵. L'orientamento giurisprudenziale in esame è stato definito quale "teoria della cristallizzazione" o "della pietrificazio-
ne" dalla dottrina che ha evidenziato come esso tendesse a tutelare i beni ritenuti rilevanti sotto il profilo costituzionale – nei termini di cui sopra – rendendoli di fatto "intangibili" per il privato così come per i pubblici poteri⁶.

In questa prima prospettiva il paesaggio viene quindi tutelato come valore estetico, come amenità del territorio nazionale, e deve essere *conservato*, ma non anche necessariamente *valorizzato*. La tutela del paesaggio è conseguentemente riconducibile a un interesse costituzionalmente tutelato alla protezione di beni che vengono giudicati "gradevoli" o "ameni" secondo la sensibilità prevalente dei consociati. L'ambiente e la natura sono, in una lettura siffatta, evidentemente serventi e subordinati rispetto alla centralità della persona umana nell'ordinamento discendente dal fondamentale principio personalista di cui all'articolo 2 Cost., che va dunque letto in parallelo rispetto all'articolo 9 Cost.

¹ Sull'articolo 9 Cost. e sulla sua genesi si vedano almeno: M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006; F. MERUSI, *Commento all'art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975.

² Sulla materializzazione della tutela dell'ambiente si veda G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2015.

³ Nella medesima direzione andava già la precedente legge n. 778 dell'11 giugno 1922, recante norme "per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico".

⁴ Si veda A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, p. 72.

⁵ Cfr., per tutte: Corte cost., n. 65/1959; Corte cost., n. 56/1968; Corte cost., n. 142/1972; Corte cost., n. 141/1982. Per un'approfondita ricognizione della giurisprudenza della Corte in materia si veda il dossier del 2015 a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale intitolato *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale*.

⁶ Si vedano sul tema: A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 3 ss.; A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, UTET, 2008, pp. 542 ss.

Si trattava di una subordinazione che tuttavia lascia trapelare un'impostazione in un certo senso elitaria e monoclasse, riconducibile alla forma di Stato liberale borghese, in cui il paesaggio sembrerebbe, in effetti, poter essere apprezzato solo in un'accezione colta o intellettuale, e pertanto non da ogni cetto sociale indistintamente⁷. E del resto, in questo senso sembra deporre altresì l'accostamento del paesaggio al "patrimonio storico e artistico della Nazione" di cui al comma 2 dell'articolo 9 Cost., oltre che la connessione con la promozione della cultura di cui al comma 1 del medesimo articolo (accostamento e connessione che sono comuni alle Costituzioni europee del Secondo Dopoguerra)⁸.

In una fase successiva, e più precisamente già a partire dalla metà degli anni '70, si è gradualmente fatta largo, sia in giurisprudenza che in dottrina, una diversa interpretazione dell'articolo 9 Cost., che ha cominciato a prendere atto del fatto che il concetto di ambiente tutelato costituzionalmente non può essere limitato secondo un mero criterio estetico, ma deve invece ampliarsi. In questa nuova prospettiva, l'ambiente non può essere interamente asservito alle esigenze dell'uomo secondo una concezione statica: si prende, in altri termini, atto che l'ambiente non è una risorsa illimitata e infinitamente sfruttabile ai fini di soddisfare le molteplici esigenze produttive, ma è piuttosto un bene "intrinsecamente limitato" e per questo particolarmente bisognoso di essere preservato, in particolare dall'impatto delle attività umane⁹. Tale cambio di orientamento non tardava ad essere recepito, ancora una volta, nella giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰, se si considera che già la sentenza n. 239/1982 superava il canone meramente estetico per introdurre, per la prima volta, un canone estetico-culturale¹¹. Con il passo successivo, la Consulta si è lasciata definitivamente alle spalle la "teoria della cristallizzazione", introducendo una nuova concezione "dinamica" della tutela del paesaggio¹². In un ulteriore passaggio, infine, la Corte è giunta a riconoscere la rilevanza costituzionale del "bene ambiente", riconducendolo ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto¹³.

Il mutamento in chiave evolutiva delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali non è certo stato casuale dal momento che, come spesso accade, appunto, per le interpretazioni evolutive delle norme costituzionali, esse si sono limitate a riflettere l'immagine di un mu-

⁷ Si veda, in ultimo, D. D'AMICO, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra legislazione e giurisprudenza costituzionale*, in *Ratio Iuris*, 10 febbraio 2018.

⁸ Sul tema si veda G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 21 ss.

⁹ Tesi autorevolmente sostenuta, per primo, da Massimo Severo Giannini. Si veda, *ex multis*, M. S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975.

¹⁰ Si veda M. LIBERTINI, *Tendenze innovative in tema di tutela del paesaggio: le vicende del "decreto Galasso"*, in *Il Foro italiano*, 1985, nn. 7-8, pp. 209 ss.

¹¹ Sulla sentenza in esame e sulla sua rilevanza si veda C. DRIGO, *Ambiente e paesaggio*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritto costituzionale. Casebook*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 655.

¹² Cfr., per tutte: Corte cost., sentenza n. 94/1985; Corte cost., sentenza n. 359/1985.

¹³ Cfr., per tutte: Corte cost., sentenza n. 151/1986; Corte cost., sentenza n. 641/1987.

tato quadro sociale e di un diverso *idem sentire* tra i consociati. Nella società italiana dell'epoca infatti, così come negli altri Paesi europei, andava affermandosi la presa di coscienza, anche politica, dell'importanza dei temi ambientali e della stretta connessione tra la tutela della persona e della sua salute e la tutela dell'ambiente e della natura, aspetti inscindibili e profondamente interconnessi¹⁴. E del resto, è proprio in quegli anni che si è registrato l'emergere, in tutta Europa, dei partiti "Verdi", che trovano negli ideali dell'ambientalismo e della tutela della natura il fulcro del proprio programma politico¹⁵. Similmente, è nella medesima epoca che si sono tenuti i cosiddetti "referendum sul nucleare" del 1987, con i quali il corpo elettorale, esprimendosi favorevolmente in merito all'abrogazione della norma che consentiva allo Stato di provvedere alla localizzazione delle centrali elettronucleari e di quelle che prevedevano contributi per gli enti locali che avessero deciso di ospitare tali centrali, ha altresì dato un forte segnale politico nel senso di un rifiuto di tecnologie che (a torto o a ragione) erano percepite come pericolose per l'uomo e per l'ambiente¹⁶. Nel quadro evolutivo che si è cercato (in modo necessariamente sommario) di descrivere, si può quindi ritenere che la corretta lettura del concetto di "paesaggio" attraverso le lenti del principio personalista di cui all'articolo 2 Cost. non è quindi, come si era ritenuto in un primo momento, quella dell'ambiente e della natura come beni *serventi* rispetto alla persona, ma quella dell'ambiente come *elemento necessario e imprescindibile* per la tutela e lo sviluppo della persona, anche nelle formazioni sociali. L'ambiente e il paesaggio non sono pertanto, in prospettiva kantiana, meri *mezzi* per lo sviluppo dell'individuo, ma devono a loro volta (evidentemente entro i limiti imposti dalla centralità della persona umana nell'ordinamento) essere il *fine* di apposite politiche, che ne garantiscano la conservazione e la valorizzazione¹⁷.

È in questi termini, e precisamente attraverso una lettura evolutiva della Costituzione e, in particolare, del principio fondamentale di cui all'articolo 9 Cost. (e del diritto alla salute di cui all'articolo 32 Cost.¹⁸), che il concetto di "paesaggio" è gradualmente venuto a

¹⁴ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia si veda F. POLITI, *Governo del territorio e salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, Il Mulino, 2016.

¹⁵ Si vedano sul tema: M. DIANI, *Movimento ecologista, liste verdi, domanda ecologica*, in *Il Mulino*, n. 4, 1988, pp. 652 ss.; G. NEBBIA, *Fatti, idee e movimenti dell'ambientalismo italiano negli ultimi 20 anni*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1988, n. 79, pp. 45 ss.

¹⁶ Sulla vicenda si vedano almeno: A. PACE, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul "nucleare"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, n. 10, pp. 3091 ss.; L. COEN, *La Corte ammette il referendum sul nucleare, ma non smentisce il precedente*, in *Le Regioni*, 1987, n. 4, pp. 687 ss.

¹⁷ E del resto recente dottrina, straniera ma anche italiana, si è spinta sino a ipotizzare di ricostruire la natura come soggetto titolare di propri diritti. Si veda, per tutti, R. LOUVIN, *La dimensione sociale ed ecologica del diritto all'acqua*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 519 ss.

¹⁸ Non ci si può soffermare in questa sede sullo stretto nesso che intercorre tra la tutela dell'ambiente e il diritto alla salute. Si vedano, per tutti: M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1984, pp. 784 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, pp. 33 ss.; G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, 1998.

coincidere con quello di “ambiente”. Il percorso evolutivo che ha conosciuto il concetto di paesaggio (che si è trasformato fino ad includere la moderna nozione di ambiente) si è peraltro svolto in parallelo e simmetricamente rispetto al percorso evolutivo dell'altra componente dell'art. 9 Cost.: il patrimonio storico e artistico (che si è trasformato fino a giungere alla moderna nozione di patrimonio culturale)¹⁹.

2. La nuova sensibilità sociale per i temi dell'ambiente e la prospettiva comparata (e multilivello)

L'impostazione recepita dal costituente italiano – descritta al paragrafo precedente – appare comune, se non altro nei suoi tratti fondamentali, a tutte le Costituzioni europee del Secondo Dopoguerra cosiddette “di prima generazione”, tra cui vanno annoverate, oltre alla nostra Costituzione repubblicana altresì quella tedesca e quella francese. Trattasi di Costituzioni che quindi, per motivi prevalentemente cronologici, affrontavano in origine il tema dell'ambiente in una prospettiva materialistica o della “cristallizzazione”, e che hanno conseguentemente dovuto pervenire a nuove e più pregnanti forme di tutela per il tramite del meccanismo dell'interpretazione evolutiva (e attraverso un ruolo spesso di primo rilievo delle Corti).

L'attenzione crescente per i temi ambientali, con un diffuso mutamento di carattere evolutivo nel comune sentire del corpo sociale, è infatti fenomeno che ha preso realmente piede a livello internazionale solo a partire dagli anni '70 del XX secolo²⁰, in un processo che è ben esemplificato dall'emblematica (e, per molti versi, epocale) “Dichiarazione di Stoccolma” del 1972 (Dichiarazione delle Nazioni Unite su “L'Ambiente Umano”), che al suo principio 1 riconosce che ogni persona gode del diritto fondamentale “alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future”. Il principio 2 statuisce inoltre che “le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale, devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione”. Nello stesso senso andavano poi i lavori della Commissione Mondiale

¹⁹ Sul tema si vedano: M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, CEDAM, 1991; J. LUTHER, *Articolo 9*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, Il Saggiatore, 1998; F. MERUSI, *Commento all'art. 9*, cit.; M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976; A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione del patrimonio culturale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; D. GALLIANI, A. PAPA, *Le basi del diritto della cultura*, Roma, Aracne, 2010.

²⁰ Per una ricostruzione approfondita di tali processi si veda L. SALVEMINI, *Sul concetto di sostenibilità*, in P. BILANCIA (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, ESI, 2015, pp. 17 ss.

su Ambiente e Sviluppo delle Nazioni Unite del 1983, in ultimo sfociati nel cosiddetto “Rapporto Brundtland” su “*Our Common Future*” infine emanato nel 1987²¹.

Nella stessa direzione si è mosso, sostanzialmente in parallelo anche dal punto di vista cronologico, anche il diritto europeo. Già il Consiglio europeo tenutosi a Parigi nel 1972 affermava infatti alcuni principi fondanti che erano, a ben vedere, quasi sovrapponibili rispetto a quelli posti dall'appena menzionata Dichiarazione di Stoccolma, adottata nel medesimo anno, e in particolare veniva espressamente dichiarata la necessità di una politica comunitaria in materia di ambiente che accompagnasse l'espansione economica, previo lo sviluppo di un apposito programma di azione. In seguito, l'Atto unico europeo del 1987 per la prima volta ha introdotto una effettiva base giuridica per una politica ambientale europea comune finalizzata a salvaguardare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e garantire un uso razionale delle risorse naturali, comprendendo, peraltro, uno specifico titolo rubricato “Ambiente” (il Titolo VII), che poneva, quali principi dell'azione comunitaria, il principio di prevenzione e il principio di correzione, recependo peraltro per la prima volta il principio del “chi inquina paga”, che avrebbe di seguito ispirato le politiche nazionali e sovranazionali in materia negli anni a venire²².

Le successive revisioni dei Trattati hanno sempre più rafforzato le competenze europee in materia di tutela dell'ambiente, oltre che il ruolo del Parlamento europeo quale decisore nello sviluppo di una politica sovranazionale nella materia in esame, al punto che, nell'ordine: con il Trattato di Maastricht l'ambiente è divenuto espressamente un settore della politica dell'Unione²³; con il Trattato di Amsterdam è stato introdotto l'obbligo di integrare la tutela dell'ambiente in tutte le politiche dell'Unione al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile; con il Trattato di Lisbona si è affermato infine, non senza una certa lungimiranza, il principio della lotta al cambiamento climatico²⁴.

Sotto il profilo concreto l'Unione ha poi utilizzato, di fatto, in modo anche estremamente incisivo le proprie competenze, in particolare dando una forte attuazione al principio del “chi inquina paga”, che è rapidamente divenuto il vero e proprio fulcro delle politiche eurounitarie in materia ambientale²⁵ e basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla direttiva che ha introdotto lo strumento della valutazione di impatto ambientale (VIA)

²¹ Cfr. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Annex to document A/42/427 – Development and International Co-operation: Environment.

²² Sul tema si veda G. CORDINI, *Comunità europee. Europa 1993: istituzioni e ambiente*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, n. 2, pp. 351 ss.

²³ Si veda P. MADDALENA, *Ambiente ed Europa dopo Maastricht*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1996, n. 4, pp. 311 ss.

²⁴ Sulle competenze dell'Unione europea in materia di ambiente e sulle relative politiche si vedano, per tutti, il capitolo dedicato alle “fonti del diritto ambientale” in B. CARAVITA DI TORITTO, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2016.

²⁵ Si vedano sul tema: N. GRECO, *Nascita, evoluzione ed attuale valore del principio “chi inquina paga”*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1991, nn. 92-93, pp. 23 ss.; A. DE LUCA, *L'evoluzione del principio “chi inquina paga” nel diritto dell'Unione europea: questioni in attesa di soluzione uniforme in vista del libro bianco della Commissione*, in

degli insediamenti economici pubblici e privati²⁶. Tale principio ha improntato altresì la legislazione e le politiche degli Stati membri, che si sono conformate allo stesso dando attuazione ai molteplici strumenti di diritto derivato predisposti al livello sovranazionale²⁷. Altro tratto caratterizzante delle politiche europee in materia di ambiente è quello riferibile al concetto di “sostenibilità”, recepito a livello di diritto primario all’articolo 11 TFUE²⁸, che impone alle istituzioni europee e agli Stati membri di perseguire uno “sviluppo sostenibile”, e che dunque coniughi esigenze di crescita economica con esigenze di tutela dei beni ambientali e naturali²⁹. Trattasi di azioni che sono successivamente state integrate nel più ampio ambito della cosiddetta “strategia Europa 2020”, e che hanno avuto l’indubbio merito di recepire un concetto nuovo per le scienze giuridiche ma destinato ad assumere un rilievo centrale negli anni a venire, quale è quello, appena menzionato, di “sostenibilità”³⁰. Al livello nazionale dei singoli Stati europei, il mutamento di sensibilità circa la rilevanza dei temi ambientali, che erano stati sostanzialmente trascurati dalle Costituzioni del Secondo Dopoguerra (su questi aspetti ancora, per molti versi, legate, come si è visto, alla tradizione liberale-borghese), è stato invece pienamente recepito nelle Costituzioni “di terza generazione”, adottate a partire dalla metà degli anni ’70 in avanti.

Si pensi ad esempio alla Costituzione della Spagna del 1978, che all’articolo 45 introduce un vero e proprio diritto individuale a un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona, oltre che il simmetrico dovere, per ogni individuo, di proteggere l’ambiente, prescrivendo contestualmente allo Stato di assicurare un utilizzo razionale delle risorse naturali e di adoperarsi (anche con sanzioni amministrative o penali) non solo per la protezione e la conservazione, ma anche per il risanamento e il miglioramento dell’ambiente e della qualità della vita³¹.

Di tenore sostanzialmente analogo l’articolo 66 della Costituzione del Portogallo del 1976, che riconosce il diritto a un ambiente sano ed “ecologicamente bilanciato”, ponendo il

Contratto e impresa. Europa, 2000, n. 1, pp. 287 ss.; F.M. PALOMBINO, *Il significato del principio “chi inquina paga” nel diritto internazionale*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2003, n. 5, pp. 871 ss.

²⁶ Cfr. direttiva 85/337/CEE. Sul tema si veda, per tutti, N. GRECO, *Valutazione di impatto ambientale: rivoluzione o complicazione amministrativa?*, in *Economia pubblica*, 1986, nn. 7-8, pp. 307 ss.

²⁷ Si veda F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nell’ordinamento nazionale*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2009, n. 11, pp. 2711 ss.

²⁸ Così l’articolo 11: “Le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”.

²⁹ Si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 2010.

³⁰ Sul concetto di “sostenibilità” e sui suoi possibili significati in una prospettiva giuridica sia consentito il rinvio ai contributi raccolti in P. BILANCIA (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, cit.

³¹ Così l’articolo 45: “*Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*”.

simmetrico dovere individuale della sua difesa, e che elenca analiticamente i compiti dello Stato, tra cui rientrano, a mero titolo esemplificativo, la prevenzione e il controllo dell'inquinamento, la promozione dell'uso razionale delle risorse naturali, la promozione dell'educazione ambientale³². Il medesimo articolo recepisce, inoltre, il concetto di "sviluppo sostenibile" che, come si è visto, è proprio dell'ordinamento eurounitario.

In senso sostanzialmente analogo andava anche l'articolo 15 della Costituzione della Repubblica Democratica Tedesca del 1974³³.

Le Costituzioni "di prima generazione", adottate nel periodo immediatamente successivo alla Seconda Guerra Mondiale, hanno invece dovuto necessariamente adattarsi alla nuova sensibilità sociale. In questa prospettiva, il diritto internazionale ed europeo, che ha orientato *a monte* il Costituente di "terza generazione" (come quello spagnolo o quello portoghese), ha invece influenzato *a valle* gli ordinamenti costituzionali appartenenti alla "prima generazione". Non a caso sia in Germania, che in Francia, che in Italia, la materia ambiente è stata oggetto, nelle decadi recenti, di specifici interventi del legislatore al livello costituzionale, nel tentativo di recepire, con esiti più o meno felici, le spinte evolutive che si è cercato di descrivere. Appare quindi di particolare interesse soffermarsi brevemente sulle esperienze costituzionali dei tre Stati appena menzionati, ai fini di vagliare come il legislatore costituzionale si sia mosso, in una prospettiva che è necessariamente multilivello (e che sconta la *cross-fertilization* generata dalla giurisprudenza delle Corti europee e delle Corti nazionali³⁴), ai fini di aggiornare gli strumenti costituzionali di tutela e promozione dell'ambiente.

³² Così l'articolo 66: "*Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas; f) Promover a integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida*".

³³ Così l'articolo 15: "*Im Interesse des Wohlergehens der Bürger sorgen Staat und Gesellschaft für den Schutz der Natur. Die Reinhaltung der Gewässer und der Luft sowie der Schutz der Pflanzen – und Tierwelt und der landschaftlichen Schönheit der Heimat sind durch die zuständigen Organe zu gewährleisten und darüber hinaus auch Sache jedes Bürgers*".

³⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 161 ss.

3. Enti decentrati e ambiente negli ordinamenti costituzionali tedesco, francese e italiano

Ai fini dell'analisi del ruolo degli enti decentrati in materia di ambiente nello Stato costituzionale contemporaneo, è necessario muovere dal presupposto per cui la bipartizione classica tra Stato federale e Stato accentrato, che ha a lungo caratterizzato il dibattito costituzionalistico, se mai è realmente esistita, oggi si può dire senza dubbio superata³⁵, così come, del resto, appare ormai superata anche la successiva tripartizione che aggiungeva ai due modelli più antichi (federale e accentrato) quello dello Stato regionale (o Stato decentrato). A partire dal Secondo Dopoguerra si è infatti assistito alla nascita di nuovi modelli e nuovi assetti, caratterizzati da una crescente varianza nelle loro dinamiche interne³⁶, il cui sviluppo è stato facilitato da fenomeni di portata globale (e certamente connessi con le questioni ambientali) quale ad esempio la globalizzazione, che hanno portato al progressivo affermarsi e radicarsi di una dimensione sovranazionale e transnazionale strettamente interconnessa che influenza l'esistenza degli ordinamenti statuali³⁷.

Oggi, pertanto, nello Stato costituzionale il potere si disarticola, assestandosi su di una pluralità di modelli più o meno decentrati definiti da diverse combinazioni e diversi pesi dei principi di autogoverno (*self-rule*) e di governo comune (*shared rule*) che favoriscono e promuovono la diffusione costituzionale del potere³⁸. Ciò che si è venuto a creare sono dunque dei modelli fluidi, che non possono essere classificati come strettamente federali, regionali o accentrati, ma che devono essere piuttosto studiati come diverse combinazioni di tali modelli storici.

È in un quadro complesso e duttile come quello appena descritto, allora, che va calato il tema del rapporto tra centro ed enti decentrati nella gestione delle questioni ambientali.

3.1. Germania

In Germania, sistema tradizionalmente indicato quale tipico modello di Stato federale, la nuova concezione dell'ambiente ha fatto formalmente ingresso nell'ordinamento costitu-

³⁵ Sul tema sia consentito il rinvio a P. BILANCIA, *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alla confluenza dei modelli*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2005, n. 9, pp. 43 ss. Con particolare riferimento all'insufficienza dei modelli classici rispetto all'ordinamento italiano, già L. PALADIN, *Problemi e strumenti attuativi di un possibile federalismo italiano*, in *Le Regioni*, 1996, n. 4, pp. 609 ss.

³⁶ Per un'approfondita analisi della genesi e dell'evoluzione dei modelli di decentramento nel costituzionalismo si veda la relazione di A. TORRE, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo – Impressioni di un discutant*, in *Rivista AIC*, 2018.

³⁷ Sulla globalizzazione e sul suo impatto sul federalismo si vedano: M.E. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002; M. F. PLATTNER, A. SMOLAR (a cura di), *Globalization, Power, and Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2000; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, Carocci, 1999.

³⁸ Si veda sul tema D. J. ELAZAR, *Exploring federalism*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 1987, trad. it., *Idee e forme del federalismo*, a cura di L. M. Bassani, Roma-Ivrea, Edizioni di Comunità, 1995, p. 6.

zionale con la riforma costituzionale del 1994, che ha aggiornato la *Grundgesetz* con modifiche che alcuni commentatori hanno ritenuto “minori”, ma che nondimeno hanno avuto un impatto decisivo negli anni successivi (e in particolare per quanto riguarda i rapporti tra *Bund e Länder*)³⁹.

Particolare rilevanza assume il nuovo articolo 20a della *Grundgesetz*, ai sensi del quale “Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, le risorse naturali della vita mediante l’esercizio del potere legislativo, nel quadro dell’ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto”⁴⁰. Sin da una prima lettura della norma in esame, di grande interesse nel quadro comparato risulta specialmente l’introduzione del concetto della “responsabilità nei confronti delle generazioni future”, concetto improntato alla presa d’atto che l’ambiente è un bene “finito” che può essere esaurito o irrimediabilmente compromesso dalle attività umane, e che dunque recepisce di fatto il concetto di “sostenibilità” già noto al diritto sovranazionale⁴¹. Va peraltro precisato, in merito all’introduzione del concetto in esame, che così come la nuova concezione dell’ambiente in Italia deve essere ricondotta a una lettura maggiormente improntata al principio personalista di cui all’articolo 2 Cost., similmente nell’ordinamento tedesco tale evoluzione va saldamente tenuta ancorata al concetto di dignità umana (*Menschenwürde*)⁴².

Per quanto riguarda il riparto delle competenze tra il livello centrale e il livello locale, visto l’assetto della forma di Stato federale tedesca, relevantissime competenze sono sempre spettate, sin dalle origini, ai *Länder*, che hanno regolamentato in modo anche molto eterogeneo la materia, con una pluralità di interventi normativi che si sono mossi, per la verità, di fatto senza un forte e univoco coordinamento centrale⁴³. Si è pertanto resa necessaria una ulteriore riforma costituzionale, nel 2006, per rafforzare la posizione dello Stato centrale, conferendogli il potere di legiferare in modo maggiormente organico in materia di tutela dell’ambiente. La riforma si poneva nell’ambito di un intervento più complesso (trattasi della cosiddetta “*Föderalismusreform*”), volto proprio a riordinare il riparto di competenze tra *Bund e Länder*⁴⁴. La situazione previgente era infatti estremamente complessa,

³⁹ Sul contesto nel quale è maturata tale riforma costituzionale si veda, per tutti, P. HÄBERLE, *La controversia sulla riforma della legge fondamentale tedesca (1991-1992)*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, n. 2, pp. 279 ss.

⁴⁰ Così l’articolo 20a: “*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*”.

⁴¹ Sul tema si veda S. R. LASKOWSKI, *Das Menschenrecht auf Wasser*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 440 ss.

⁴² Sul concetto di dignità umana, specie nell’ordinamento costituzionale tedesco, si veda, per tutti, J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *POLIS working papers*, 2006, n. 79, pp. 7 ss.

⁴³ Si vedano: S. R. LASKOWSKI, *Das Menschenrecht auf Wasser*, cit., pp. 417 ss.; R. MONTALDO, *La tutela del diritto all’acqua nella Repubblica Federale Tedesca*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, Jovene, 2018.

⁴⁴ Sulla riforma in esame si vedano, per tutti: A. LACHMUTH, H. GEORGII, S. BORHANIAN (a cura di), *Föderalismusreform 2006*, Berlin, Deutsche Bundestag, 2006; F. W. SCHARPF, *Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?*, in *Aus Politik*

e in diverse materie di primaria importanza per la tutela dell'ambiente (come ad esempio l'inquinamento dell'aria e la sua prevenzione, oppure la raccolta e, soprattutto, lo smaltimento dei rifiuti) non sussisteva una chiara competenza del *Bund*, che doveva lasciare pertanto spazio alla legislazione di settore adottata dai singoli *Länder*, con la conseguenza che si erano sviluppate in parallelo (ma senza coordinamento), in materie identiche, sia la legislazione statale che quella locale⁴⁵.

Con la riforma in esame, per numerose delle materie appena menzionate è stato eliminato il criterio di necessità dell'azione del *Bund*, con la conseguenza che quest'ultimo può ora intervenire liberamente affiancando (se non addirittura orientando) l'azione legislativa e le politiche dei *Länder*. Oggi, ai sensi degli articoli 72 e 74 della *Grundgesetz*, rientrano pertanto nelle materie di competenza concorrente tra *Bund* e *Länder*:

- La tutela della natura e del paesaggio;
- La gestione delle risorse idriche;
- La promozione dell'agricoltura;
- Il diritto alimentare;
- La gestione e smaltimento dei rifiuti e l'inquinamento.

Appartiene alla competenza esclusiva federale (con evidenti conseguenze per quanto riguarda la compressione delle competenze locali) la determinazione dei principi generali in materia di tutela della natura, della fauna, della flora e della vita marina.

Peraltro, è stato osservato in dottrina come la riforma costituzionale del 2006 non abbia del tutto risolto il problema della sovrapposizione tra le competenze federali e quelle statali, e come pertanto continui a rimanere in vigore, ancora oggi, un sistema di legislazione parallela tra *Bund* e *Laender* piuttosto intricato, che tuttavia prevede quantomeno che l'azione degli Stati federati si svolga nell'ambito della cornice del perseguimento degli obiettivi e delle finalità che lo Stato centrale delimita e che essi devono raggiungere.

Va comunque osservato che, anche alla luce dell'interpretazione che la giurisprudenza costituzionale ha dato degli articoli novellati dalla revisione del 2006, per la maggior parte delle materie continua a sussistere, nei fatti, il potere dei *Länder* di discostarsi dalla disciplina statale ai fini di adeguarla alle peculiarità e caratteristiche del territorio del singolo Stato federato, il che conferisce un discreto margine di manovra al livello locale di governo che può favorire, ancora oggi, una certa eterogeneità delle discipline, pur nella coerenza complessiva degli obiettivi generali⁴⁶.

und Zeitgeschichte, 2006, n. 50; M. HÖRETH, *Zur Zustimmungsbefähigung von Bundesgesetzen: Eine kritische Bilanz nach einem Jahr Föderalismusreform I*, in *Zeitschrift für parlamentarischen Fragen*, 2007; W. LÖWER, *Föderalismusreform: Hauptziel verfehlt!*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006.

⁴⁵ Si veda sul tema R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente nella Repubblica federale tedesca: tendenze evolutive*, in *Il Foro italiano*, 1987, n. 1, pp. 19 ss.

⁴⁶ Si veda R. BIFULCO, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006*, in *ISSIRFA*, 26 febbraio 2007, VI.

Si può pertanto ritenere, in definitiva, che nonostante la riforma costituzionale l'ordinamento tedesco continui ad essere caratterizzato da forti poteri dei *Länder*, e comunque da un ruolo di questi ultimi che appare ancora prevalente o equiparato a quello del *Bund* nelle materie strettamente collegate con la tutela dell'ambiente. Ciò sembra essere confermato dal fatto che proprio la forte opposizione dei *Länder* ha impedito a più riprese l'adozione di un Codice dell'Ambiente organico da parte del legislatore centrale, nonostante ripetuti tentativi⁴⁷.

3.2. Francia

In Francia il recepimento forma della nuova concezione di ambiente nell'ordinamento costituzionale si è avuto soltanto con l'approvazione, nel 2004, della Carta dell'Ambiente (*Charte de l'environnement*), che è stata successivamente incorporata (di fatto, costituzionalizzata) nel 2005 nella Costituzione francese, divenendone così il “terzo pilastro”⁴⁸. Più precisamente, la Carta viene oggi espressamente richiamata, nel Preambolo della Costituzione francese, accanto dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 e al Preambolo della Costituzione del 1946, venendo così investita in modo semi-diretto del medesimo rango nella gerarchia delle fonti⁴⁹.

Trattasi di disposizioni che, secondo la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, sono da ritenersi come incorporate a tutti gli effetti nel cosiddetto “*bloc de constitutionalité*” e aventi portata di principi e diritti fondamentali dell'ordinamento⁵⁰.

La Carta dell'Ambiente introduce pertanto in Costituzione, attraverso il richiamo di cui al Preambolo, il diritto individuale a vivere in un ambiente bilanciato e rispettoso della salute, diritto che si pone, ancora una volta, in parallelo rispetto al dovere di collaborare alla tutela dell'ambiente stesso, oltre ad una serie di diritti ulteriori, tra cui spicca quello di “partecipare alle decisioni pubbliche che hanno un effetto sull'ambiente” (secondo la tradizione francese del *débat public*⁵¹).

⁴⁷ Si vedano in punto: M. KLOEPFER, *Föderalismusreform und Umweltrecht*, in *NuR*, 2004, pp. 759 ss.; A. GRAGNANI, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, in *ISSiRFA*, 2006; R. BIFULCO, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006*, cit., VI.

⁴⁸ Sulla Carta dell'Ambiente si veda, per tutti, C. DADOMO, *The “Constitutionalisation” of French Environmental Law under the 2004 Environmental Charter*, in E. DALY, L. KOTZE, J. MAY, C. SOYAPI (a cura di), *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP, 2017, pp. 146 ss.

⁴⁹ Così il Preambolo della Costituzione francese: “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*”.

⁵⁰ Cfr. *Conseil Constitutionnel*, sentenze n. 2008-564 del 19 giugno 2008, n. 70-39 del 19 giugno 1970 e n. 71-44 del 16 luglio 1971.

⁵¹ Sul tema si veda Y. MANSILLON, *L'esperienza del “débat public” in Francia*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006, 101 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in Id. (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 10 ss.

La Carta dell'Ambiente francese si distingue inoltre per essere stata una delle prime fonti costituzionali a livello nazionale e sovranazionale a lasciarsi alle spalle il principio del "chi inquina paga": la scelta di non includere tale principio nella Carta, e di recepire piuttosto il dovere di rimediare ai danni che si sono causati all'ambiente, è stato infatti il frutto di una scelta deliberata, in quanto il principio del "chi inquina paga" iniziava a venire letto, dalla dottrina ma anche dall'opinione pubblica, sostanzialmente come un vero e proprio "diritto a inquinare" (dietro compenso)⁵².

Per quanto riguarda il riparto delle competenze tra il livello centrale e il livello decentrato di governo, nell'ordinamento costituzionale francese la normativa in materia di tutela dell'ambiente viene adottata in via assolutamente preminente al livello statale (e del resto, non a caso, la normativa rilevante è in gran parte raccolta nella fonte organica rappresentata dal Codice dell'Ambiente del 2000⁵³)⁵⁴. Coerentemente con il modello francese a regionalizzazione sostanzialmente moderata (la storica definizione di "modello accentratore" non sembra oggi cogliere, in effetti, le complessità sottese alle rilevanti modifiche che l'ordinamento francese ha introdotto sotto questo profilo) le competenze degli enti locali in materia di ambiente, pur presenti, sono fortemente limitate dalla prevalenza del livello centrale di governo⁵⁵.

Le più rilevanti attribuzioni in materia di tutela dell'ambiente spettano, al livello decentrato, al prefetto (*préfet*), rappresentante dello Stato nei *départements* amministrativi, che si occupa, tra le altre cose, del rilascio delle autorizzazioni ambientali e della garanzia del rispetto della legge statale nell'ambito del governo locale⁵⁶. Similmente, rilevanti funzioni di tutela dell'ambiente sono svolte dal Ministero competente per il tramite di una rete capillare di ispettorati che rispondono direttamente ad esso, e dunque anche le funzioni amministrative (per lo meno relative alla disciplina generale e di coordinamento, oltre che di sorveglianza e sanzionatorie) sono esercitate non già dagli enti locali, ma da articolazioni decentrate degli enti centrali⁵⁷.

Agli enti decentrati sono pertanto attribuite alcune competenze regolamentari, di natura di fatto residuale, di mera esecuzione delle politiche statali, oltre ad alcune funzioni amministrative in applicazione delle leggi adottate dallo Stato centrale. Sono inoltre attribuiti

⁵² In questo senso C. DADOMO, *The "Constitutionalisation" of French Environmental Law under the 2004 Environmental Charter*, cit., pp. 151 ss.

⁵³ Sul Codice dell'Ambiente francese si veda, per tutti, C. CANS, *Le Code de l'environnement français: un exemple des aléas de la pratique codificatrice des textes législatifs et réglementaires en France*, in *Aménagement Environnement*, settembre 2005.

⁵⁴ Cfr. *Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'environnement*.

⁵⁵ Per un'analisi approfondita si vedano D. AMIRANTE, L. LORELLO, M. C. SCALIA, *Funzioni e competenze degli enti locali nell'ordinamento della V Repubblica francese*, in S. GAMBINO (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, Maggioli, 1999, pp. 939 ss.

⁵⁶ Si veda S. FLORIO, *La protezione giuridica del paesaggio in Italia e in Francia*, in *HAL*, 2014, pp. 93 ss.

⁵⁷ Sul tema si veda F. JAMAY, *La réforme de l'administration territoriale de l'État: quelle gouvernance pour l'environnement*, in *Environnement*, novembre 2009.

al livello comunale (nella persona del Sindaco) alcuni incisivi poteri emergenziali di ordinanza *extra ordinem* per porre rimedio a situazioni contingenti e imprevedibili che siano causa di un estremo pericolo per l'ambiente e per la sanità pubblica (da utilizzarsi, evidentemente, in quanto atti provvisori ed eccezionali, ai soli fini di contenere vere e proprie emergenze, e non in funzione normativa in senso stretto).

Un quesito della massima importanza che ci si può porre alla luce dell'esperienza costituzionale francese è quello relativo all'idoneità della previsione di forme di democrazia partecipativa (espressamente previste dal Codice dell'Ambiente e dalla Costituzione, oltre che dalla Carta dell'Ambiente) a compensare il mancato coinvolgimento nelle decisioni in tema di ambiente degli enti più vicini al cittadino secondo principio di sussidiarietà. In altri termini, vi è da chiedersi se la previsione di forti forme di sussidiarietà orizzontale (integrate da un coinvolgimento potenzialmente molto elevato degli individui e delle comunità coinvolti dalle scelte del decisore pubblico e dalle politiche ambientali) sia in qualche modo idonea a bilanciare un'attuazione tutto sommato debole del principio di sussidiarietà verticale. In questa prospettiva, il coinvolgimento diretto nella democrazia partecipativa/deliberativa del cittadino e delle comunità locali potrebbe forse compensare il mancato coinvolgimento degli enti locali nel circuito della democrazia rappresentativa (se non addirittura portare a risultati ancor migliori).

3.3. Italia

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come si è già in parte anticipato, con la riforma del Titolo V del 2001 (che ha di fatto potenziato il regionalismo, operando un decentramento ulteriore della forma di Stato) si sono introdotti, all'articolo 117 Cost., da un lato il riferimento espresso alla tutela dell'ambiente come materia, e dall'altro la distinzione tra i concetti di *tutela* e *valorizzazione*. In questo assetto normativo spetta pertanto alla competenza esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente *ex* articolo 117 comma 2 lettera s) Cost. (coerentemente, del resto, con il disposto dell'articolo 9 Cost., di cui si è detto). Spetta invece alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni la valorizzazione dei "beni ambientali" *ex* articolo 117 comma 3 Cost., e pertanto nell'ambito di tale materia sarà il livello centrale a dettare i principi direttivi e uniformi dell'azione decentrata, che sarà per il resto libera di svolgersi.

L'unica definizione legislativa dei concetti di "tutela" e di "valorizzazione" è, ancora oggi, quella di cui alle leggi Bassanini, che avevano implementato, come noto, il cosiddetto "federalismo amministrativo"⁵⁸. In un quadro siffatto deve pertanto intendersi per *tutela* "ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali",

⁵⁸ Sui concetti di "tutela", "valorizzazione" e "promozione" si vedano, per tutti: A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione del patrimonio culturale. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità*, cit., *passim*; R. MARZOCCA, *La distinzione tra "tutela e valorizzazione" dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, in *Ambiente diritto*, 2005; G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale (art. 3)*, in *Aedon*, 2004, n. 1.

per *valorizzazione* “ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione”, e per *gestione* (concetto peraltro previsto dalle leggi Bassanini ma non previsto espressamente dalla Costituzione) “ogni attività diretta, mediante l’organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione”⁵⁹.

Non bisogna poi dimenticare che, secondo il principio generale di sussidiarietà di cui al primo comma dell’articolo 118 Cost., ai Comuni, alle Province, alle Città Metropolitane e alle Regioni spettano in ogni caso, di regola, le funzioni amministrative rilevanti per la materia in esame⁶⁰.

Negli anni immediatamente successivi alla riforma del 2001 la Corte costituzionale è intervenuta ai fini di chiarire il perimetro delle nuove competenze regionali, rinvenendo i fondamenti dall’interesse costituzionalmente rilevante alla tutela dell’ambiente negli articoli 9, 32, e 117 Cost., e delimitando contestualmente i campi di competenza dello Stato e delle Regioni in chiave sostanzialmente accentratrice⁶¹. Più precisamente, con riferimento allo Stato, la Corte ha ritenuto che la tutela dell’ambiente debba essere intesa come un vero e proprio “valore”, e in ogni caso come una “materia trasversale in ordine alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere regionali, spettando allo stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale”, mentre con riferimento alle Regioni – afferma la Consulta – non può essere “esclusa la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali”⁶².

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito, con orientamento che resiste ad oggi sostanzialmente invariato nei suoi tratti fondamentali, che la tutela dell’ambiente è materia di competenza esclusiva statale, ma che le Regioni e gli enti locali possono comunque agire ai fini di tutelare l’ambiente “indirettamente”, e dunque facendo leva su diversi interessi e diverse materie attribuite alla loro competenza che, per la loro stessa natura, “ridondano” sulla materia ambientale. In particolare, la Consulta ha affermato che “nel set-

⁵⁹ Cfr. articolo 148 del d.lgs. n. 112 del 31 marzo 1998 (“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59”).

⁶⁰ Si veda G. VESPERINI, *Il riparto delle funzioni in materia ambientale: un’introduzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007.

⁶¹ Sulla giurisprudenza della Consulta in materia di ambiente si vedano, per tutti: M. MICHETTI, *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1895 ss.; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell’ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003; P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2012, n. 1; D. PORENA, *L’ambiente come “materia” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: “solidificazione” del valore ed ulteriore “giro di vite” sulla competenza regionale*, in *Federalismi. it*, 2009, n. 2; C. DE BENETTI, *L’ambiente nella giurisprudenza della Corte costituzionale: dalla leale collaborazione alla sussidiarietà*, in *Diritto all’ambiente*, 2002, n. 1.

⁶² Cfr. Corte Cost., sentenza n. 407/2002. Per un’approfondita analisi della sentenza in esame si veda S. MANGIAMELI, *Sull’arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1, pp. 337 ss.

tore della tutela dell'ambiente la competenza esclusiva dello Stato non è incompatibile con interventi specifici del legislatore regionale che si attengano alle proprie competenze"⁶³. Trattasi di competenze che, pur essendo indubbiamente incise e comprese dalla materia "valoriale" e trasversale di competenza statale, hanno una loro indubbia rilevanza e possono consentire un'azione regionale – se debitamente calibrata – certamente efficace, oltre che legittima.

Per quanto riguarda le Regioni si pensi alle materie a competenza concorrente ex articolo 117 comma 3 Cost.:

- valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali;
- governo del territorio;
- tutela della salute;
- produzione trasporto o distribuzione nazionale dell'energia;
- ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi;
- alimentazione;
- grandi reti di trasporto e di navigazione.

Per quanto riguarda gli enti locali si pensi invece alle materie:

- regolamentazione e gestione dei servizi pubblici di interesse generale, inclusi trasporti pubblici, illuminazione, parcheggi⁶⁴;
- traffico e sosta⁶⁵;
- urbanistica ed edilizia⁶⁶;
- gestione e smaltimento dei rifiuti⁶⁷;
- governo del territorio⁶⁸.

3.4. (segue) Esempi di possibili interventi che facciano leva sulle competenze degli enti decentrati

Nell'ambito delle competenze che si sono sommariamente descritte al paragrafo precedente, gli enti locali hanno messo in atto delle forme di intervento suscettibili di avere un impatto affatto trascurabile sulle questioni ambientali. Facendo leva su titoli competenziali non formalmente ascrivibili alla materia "tutela dell'ambiente", pertanto, gli enti locali hanno potuto non di meno predisporre forme di tutela e presidi che spesso hanno anticipato o completato l'azione del legislatore statale.

⁶³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 259/2004.

⁶⁴ Cfr. articolo 42 comma 2 lettera e) del d. lgs. n. 267/2000.

⁶⁵ Cfr. articolo 7 del d. lgs. n. 285/1992.

⁶⁶ Cfr. articolo 14 comma 27 lettera d) del d.l. 78/2010.

⁶⁷ Cfr. articolo 14 comma 27 lettera f) del d.l. 78/2010.

⁶⁸ Cfr. articolo 1 comma 85 lettera a) della legge n. 56/2014.

Basti pensare, in primo luogo, alla materia urbanistica ed edilizia, nell'ambito della quale gli enti locali possono introdurre prescrizioni obbligatorie, introdotte nei rilevanti strumenti regolatori, ai fini del risparmio energetico per le nuove costruzioni, anche di edilizia privata.

Tali interventi includono, ad esempio, gli interventi locali che, peraltro anticipando o addirittura, a volte, innalzando i livelli di tutela introdotti dal legislatore statale con il d. lgs. 28 del 3 marzo 2011, hanno previsto l'obbligo di installare pannelli solari sui tetti ovvero l'obbligo di predisporre, nell'edilizia, soluzioni progettuali che limitino la dispersione di calore e incrementino l'efficienza energetica⁶⁹.

Si pensi, ancora, alla promozione di soluzioni progettuali innovative volte a preservare l'ecosistema quali sono ad esempio i cosiddetti "green roof" (coperture degli edifici che utilizzano, come rivestimento, la terra e la vegetazione, che assorbono l'acqua piovana abbattendo i picchi di deflusso idrico, fungono da isolante termico riducendo le dispersioni termiche e il consumo energetico, trattengono le polveri inquinanti, contribuiscono ad abbassare la temperatura dell'aria urbana contrastando l'effetto isola di calore assorbendo l'energia del sole), o le "pareti verdi" (realizzate sulla parte esterna degli edifici, che consentono di utilizzare la vegetazione per ottenere un migliore isolamento termico, contribuendo a ridurre il consumo energetico)⁷⁰.

Ulteriore esempio è costituito dalle disposizioni per la riduzione del consumo di suolo ovvero per il cosiddetto "consumo suolo zero", che sono spesso l'attuazione di specifiche politiche regionali in materia⁷¹. In senso analogo vanno altresì i vari programmi di "rigenerazione urbana" implementati al livello locale, volti a recuperare aree dismesse o ex-industriali sostituendole con spazi verdi e sostenibili⁷².

Altri esempi virtuosi al livello locale sono rappresentati dalle norme relative all'utilizzo nell'edilizia di asfalti realizzati prevalentemente con il recupero di materiali riciclati⁷³, o da quelle che prescrivono l'utilizzo di mezzi elettrici per la raccolta dei rifiuti e per le altre attività dell'amministrazione locale⁷⁴.

Si pensi, in secondo luogo, agli interventi regionali e locali ascrivibili alla regolamentazione del traffico e della viabilità.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, la legge regionale n. 22 del 29 maggio 2007 della Liguria.

⁷⁰ Cfr., ad esempio, il regolamento per la sostenibilità ambientale e la bioedilizia approvato dal Comune di Treviso nel 2016.

⁷¹ Cfr., ad esempio: legge regionale Veneto n. 14 del 6 giugno 2017; legge regionale Lombardia n. 31 del 28 novembre 2014; legge regionale Calabria n. 21 del 30 giugno 2017.

⁷² Si veda sul tema P. MAZZINA, *Dismissioni e riutilizzazione delle aree industriali nella recente legislazione*, in M. SANTANGELO (a cura di), *Le aree industriali nella città metropolitana di Napoli. Nuove qualità e nuovi ruoli*, Milano, Franco Angeli, 2003.

⁷³ Cfr., ad esempio, il Protocollo d'intesa "per lo svolgimento di attività utili al miglioramento della gestione dei rifiuti provenienti da attività di costruzione e demolizione dei prodotti da essi recuperati" siglato nel 2017 tra la Regione Lombardia e l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili (ANCE).

⁷⁴ Cfr. il rapporto "Ecosistema urbano. Best practices 2016", realizzato da Legambiente.

Esempio principe di tali politiche è rappresentato dalle misure volte a limitare la circolazione di mezzi inquinanti ovvero a limitare il traffico nei centri abitati, quale l'accordo stipulato nel 2017 tra le Regioni Lombardia, Veneto, Piemonte ed Emilia-Romagna⁷⁵, che prevede, tra le altre cose: la limitazione della circolazione dal 1° ottobre al 31 marzo di ogni anno, dal lunedì al venerdì, dalle ore 8,30 alle ore 18,30, per le autovetture ed i veicoli meno inquinanti; la promozione, mediante la concessione di appositi contributi, della sostituzione dei veicoli oggetto dei divieti con veicoli a basso impatto ambientale; la realizzazione di infrastrutture per la distribuzione di carburanti alternativi; la realizzazione nelle aree urbane di infrastrutture per la mobilità ciclo-pedonale; l'inserimento, nelle concessioni relative al servizio di *car sharing*, rilasciate dal 2020, di prescrizioni volte a prevedere l'utilizzo di auto alimentate con carburanti alternativi.

Nella medesima direzione vanno le misure volte alla promozione del trasporto pubblico, del *car sharing* e di altre forme di trasporto sostenibile. Del resto, le Regioni godono di una specifica competenza in materia di controllo della qualità dell'aria e di predisposizione di piani per il miglioramento della stessa ai sensi del d. lgs. n. 155 del 13 agosto 2010, che ha recepito la direttiva 2008/50/CE⁷⁶. In attuazione di tale competenza le Regioni elaborano dei Piani regionali di qualità dell'aria, finalizzati all'individuazione di azioni concrete per il risanamento della qualità dell'aria e la riduzione dei livelli di inquinanti presenti sui territori regionali.

Sempre con riferimento alla viabilità, rilievo (seppur indiretto) possono assumere altresì le competenze locali in materia di piste ciclabili e di regolamentazione della sosta (si pensi ad esempio alla disincentivazione dell'utilizzo delle automobili private attraverso gli strumenti delle cosiddette "strisce blu" o del "disco orario").

Con riferimento, infine, alla gestione e allo smaltimento dei rifiuti, il quadro è disomogeneo, in quanto pur nella strenua opposizione di alcune realtà locali e livelli decentrati di governo alla realizzazione di infrastrutture rilevanti (si pensi al caso dei cosiddetti "termovalorizzatori")⁷⁷, si sono nondimeno sviluppate, se non altro in alcune aree, una cultura del riciclo dei rifiuti e delle vere e proprie *best practices* in materia, che hanno consentito in alcune realtà virtuose (come ad esempio le Regioni Trentino-Alto Adige, Veneto, Lombardia, Friuli-Venezia Giulia) di arrivare a percentuali di raccolta differenziata che superano il 70%. Per converso, altre realtà seguitano a presentare criticità tutt'altro che

⁷⁵ Cfr. il "Nuovo Accordo di programma per l'adozione coordinata e congiunta di misure per il miglioramento della qualità dell'aria nel bacino padano", Regioni Lombardia, Veneto, Piemonte, Emilia-Romagna del 2017.

⁷⁶ Sul tema si vedano: E. MURTULA, *Prima applicazione in Italia della giurisprudenza comunitaria "Janecek" sull'obbligo (regionale) di adottare i piani per la qualità dell'aria*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, n. 1, pp. 111 ss.; M.C. CIRILLO, L. ZEGA, *Piani e programmi per la qualità dell'aria: la situazione italiana, la nuova direttiva europea*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, nn. 3-4, pp. 655 ss.

⁷⁷ Il contenzioso Stato-Regioni in materia ha raggiunto anche il livello costituzionale. Si veda sul tema P. VIPIANA, *La Corte boccia nuovamente una legge regionale paralizzatrice degli effetti di un'ordinanza statale di necessità ed urgenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 1, pp. 459 ss.

trascurabili, in particolare nel Sud del Paese, con percentuali che non raggiungono il 50% e, addirittura, si fermano a volte intorno al 20% (è questo il caso della Regione Sicilia)⁷⁸. Tali *best practices* includono, a mero titolo esemplificativo; programmi di educazione al consumo o educazione alla raccolta differenziata rivolti alla cittadinanza, alle scuole e alle imprese; incentivi fiscali sia per i nuclei familiari che per le imprese; introduzione del cosiddetto “marchio ecologico”, in accordo con le associazioni rappresentative dei consumatori e della distribuzione, attribuito per indicare imprese con consumi poco impattanti da un punto di vista sociale e ambientale con riferimento alla produzione di rifiuti; divieto di utilizzazione nelle mense sottoposte alla competenza comunale di stoviglie e posate “monouso” (anche in questo caso, anticipando il legislatore europeo); raccolta cosiddetta “porta a porta” dei rifiuti ai fini di promozione del riciclo e della raccolta differenziata⁷⁹.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto ai paragrafi precedenti, è forse possibile ora tentare di trarre qualche conclusione, necessariamente provvisoria, in merito alle criticità e alle potenzialità relative al ruolo degli enti decentrati nella tutela dell'ambiente nel quadro comparato e multilivello.

In primo luogo, è possibile rinvenire, nel panorama europeo, l'introduzione di un nuovo principio, a rilevanza costituzionale, destinato a orientare gli ordinamenti costituzionali in generale e le politiche in materia ambientale in particolare. Trattasi del principio di responsabilità della generazione attuale nei confronti delle future generazioni, e dunque della declinazione del fondamentale principio solidarista di cui all'articolo 2 Cost. in prospettiva intergenerazionale⁸⁰. In materia ambientale, ciò significa un uso responsabile delle risorse esistenti, un diritto-dovere all'ambiente che impone a ciascuno di adoperarsi non solo per la sua conservazione, ma altresì per la sua rigenerazione e il suo miglioramento. Un principio siffatto si è andato diffondendo capillarmente, come si è visto, al punto che esso appare ormai di fatto acquisito nel “patrimonio costituzionale comune” europeo⁸¹. Ciò comporta inevitabilmente il superamento del principio del “chi inquina paga”, divenuto ormai obsoleto se raffrontato con tali nuovi livelli di tutela, per arrivare invece a un nuovo sistema di prevenzione (o di vero e proprio divieto) dell'inquinamento (se non

⁷⁸ Dati ISTAT 2011.

⁷⁹ Cfr. il rapporto “*Ecosistema urbano. Best practices 2016*”, realizzato da Legambiente.

⁸⁰ Sul tema si vedano: R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, Franco Angeli, 2008; R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg., Milano, Giuffrè, 2016.

⁸¹ Inteso (anche) come fattore di “integrazione/coordinatione”. Si veda R. BALDUZZI, *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea: un esempio di constitutional drafting?*, in *Quaderni regionali*, 2003, n. 2, p. 409.

altro, almeno nella fase attuale, nelle sue forme più incisive). Trattasi di un approccio maggiormente coerente con l'ormai acquisita concezione dell'ambiente come bene "esauribile", e con la conseguente presa d'atto dell'insufficienza della semplice tutela "risarcitoria" o "sanzionatoria". In questa prospettiva – e con decisione ancora maggiore – sembrano orientate a muoversi con certezza anche le istituzioni europee per i prossimi anni, se si considera che nel suo discorso inaugurale la nuova Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha posto con forza l'accento sui temi ambientali e del cambiamento climatico, indicando quali politiche da intraprendere, solo per citarne alcune, l'introduzione di una "Carbon tax", l'obiettivo del "cambiamento climatico zero" entro il 2050, e l'istituzione di una "Banca climatica europea"⁸².

In questo nuovo quadro, in tutti gli ordinamenti europei è andato delineandosi un vero e proprio "ruolo supplente" degli enti decentrati, che spesso hanno dimostrato un'attenzione maggiore e una migliore sensibilità rispetto al legislatore centrale per i temi ambientali, introducendo politiche innovative in materia che sono state sovente recepite in seguito al livello statale alla luce del loro successo. Allo stesso tempo, però, in tutti gli ordinamenti, e a prescindere dal modello più o meno decentrato di forma di Stato, emerge chiaramente la necessità di un forte coordinamento centrale, e dunque di una competenza statale ad armonizzare la normativa in materia di tutela dell'ambiente e a determinare le relative politiche. Ancor più che una forte competenza accentrata, ciò che appare vitale è che il quadro delle competenze sia definito in modo chiaro e senza incertezze, vista la conflittualità potenzialmente anche molto elevata che la materia comporta⁸³.

In questa prospettiva alcuni spunti di interesse potrebbero derivare, per l'ordinamento italiano, dall'attuazione del cosiddetto "regionalismo differenziato", se si considera che la materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" è tra quelle per cui, nell'ambito delle intese in corso di negoziazione tra lo Stato e le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna ex articolo 116 Cost., verranno con ogni probabilità trasferite al livello regionale rilevantisime funzioni. Peraltro, l'attenzione del Governo alla questione (con lo stralcio di alcune proposte originariamente avanzate dalle Regioni, come ad esempio la regionalizzazione della VIA, ovvero l'introduzione di una sorta di "veto" regionale sulla localizzazione dei termovalorizzatori), sembra fugare i dubbi circa un perdurante minore interesse del livello centrale per i temi ambientali.

Del resto, e in linea generale, nello Stato europeo contemporaneo il conferimento al livello decentrato di competenze rilevanti in materia appare coerente con le esigenze costituzionalmente imposte di tutela dell'ambiente solo nella misura in cui esso non si traduca in un'abdicazione delle relative funzioni, e dunque in cui rimanga in capo allo Stato un potere forte di coordinamento e armonizzazione delle azioni decentrate per la protezione

⁸² Cfr. Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo del 16 luglio 2019.

⁸³ Sulla necessità di un chiaro riparto di competenze tra Stato ed enti decentrati si veda S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, n. 3, pp. 33 ss.

ambientale. È pertanto necessario sfruttare appieno entrambe le direttrici dell'“ascensore” della sussidiarietà: da un lato è infatti indispensabile il coinvolgimento capillare degli enti locali, in quanto più vicini ai problemi concreti e meglio a conoscenza delle peculiarità di un dato territorio⁸⁴, dall'altro essi non possono essere lasciati soli, in quanto la loro azione è destinata ad essere, in ultima analisi, insignificante se rapportata a problematiche e fenomeni di dimensione sovranazionale e finanche globale quali sono indubbiamente, per fare un esempio recente, le questioni del cambiamento climatico, che devono essere affrontate *in primis* e in via principale dalla comunità degli Stati. In questa prospettiva, il ruolo degli enti decentrati deve essere valorizzato in quanto indispensabile ma non di per sé sufficiente per una corretta (ed effettiva) tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

⁸⁴ Si veda sul tema E. DE MARCO, *Comune*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000.

La protection de l'environnement et les collectivités territoriales en France*

Alain Boyer**

SOMMARIO: I : Les règles législatives d'articulation des compétences environnementales des collectivités territoriales. – A : Les collectivités territoriales, chefs de file en matière environnementale. – 1 : La notion de chef de file. – 2 : La conférence territoriale de l'action publique. – 3 : La convention territoriale d'exercice concerté des compétences. – B : Les rapports normatifs entre les actes des collectivités territoriales. – II : Les compétences de réglementation et de planification des collectivités territoriales en matière environnementale. – A : La réglementation. – B : La planification. – 1 : La région. – 2 : L'échelon communal. – III. La gestion d'espace naturel. – A : La Région. – B : Les départements

« Les communes, les départements et les régions ... concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire ... ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie. » Cette disposition¹ du code général des collectivités territoriales consacre ainsi à côté de l'Etat le rôle des collectivités territoriales dans la protection de l'environnement.

La fixation des règles relatives à la préservation de l'environnement par les collectivités territoriales relève du législateur national a un double titre : d'une part au titre de l'article 34 de la Constitution qui dispose que « la loi détermine les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement » et d'autre part de l'article 72 de la Constitution qui pré-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente scritto rielabora la relazione tenuta dall'Autore ad Alessandria il 10 maggio 2019, in occasione dell'XI Settimana di studi sulle autonomie locali, dedicata a "Regioni, enti locali e ambiente" e promossa dal Dottorato di ricerca in Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza dell'Università del Piemonte Orientale.

** Maître de conférences-HDR, Université de Toulon, Centre de Droit et de Politique comparés Jean-Claude Escarras; Avocat au barreau de Toulon; alain.boyer@univ-tln.fr.

¹ Article L 1111-2 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales.

voit que « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'extension de leurs compétences. »

Le droit de l'environnement émerge en France dans les années 1970. Il est créé par un décret du 27 janvier 1971 un ministère dit de « La Protection de la Nature et de l'Environnement »². A côté de l'émergence d'une structure administrative centrale, cette période est marquée par l'adoption de la 1^{ère} loi consacrée spécifiquement à la protection de l'environnement. La loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature dont l'article 1^{er} énonce le principe selon lequel la protection de l'environnement est d'intérêt général³. L'émergence dans les années 1970 de la protection de l'environnement en tant que politique publique autonome ne doit pas faire oublier que dès avant cette consécration certains aspects environnementaux étaient pris en compte par les pouvoirs publics. On peut à cet égard évoquer la compétence de l'Etat pour autoriser les établissements incommode et insalubre⁴ qui est à l'origine de la réglementation actuelle des installations classées pour l'environnement⁵ ou encore évoquer pour les collectivités territoriales le rôle important tenu pendant longtemps par les communes dans la lutte contre les incendies notamment de forêt.

L'apport majeur des années 70 consiste dans la prise de conscience par le législateur de la nécessité de protéger l'environnement dans ses différentes composantes. Toujours est-il que si le droit de l'environnement émerge dans les années 70 en France, très rapidement le législateur décide de la nécessité d'opérer une certaine décentralisation. La loi du 7 janvier 1983 reconnaît le rôle des collectivités territoriales en matière environnementale⁶. Il est intéressant de relever que la décentralisation en matière environnementale a été plus rapide qu'en matière d'urbanisme. En effet, on considère traditionnellement que le droit de l'urbanisme apparaît en France avec la loi du 14 mars 1919 dite loi Cornudet. Il faudra attendre 1983 pour que la décentralisation soit effective en la matière.

Cette décentralisation très rapide du droit de l'environnement s'explique parce que dès avant l'émergence du droit de l'environnement certaines collectivités territoriales exerçaient des compétences qui relèveront désormais du champ du droit de l'environnement. Les communes exercent traditionnellement des compétences en matière de ramassage des ordures ménagères qui vont désormais s'intégrer dans le domaine plus large de la gestion des déchets. De même, les communes par les services des pompiers assuraient tradition-

² R. POUJADE, *Le ministère de l'impossible*, Calman Levy, 1975.

³ L'article 1^{er} de la loi 76-629 du 10 juillet 1976 dispose que: «La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général».

⁴ Décret le 15 octobre 1810.

⁵ Article L511 et suivants du code de l'environnement.

⁶ M. PRIEUR, *Les compétences locales en matière d'environnement*, in *Les nouvelles compétences locales*, Economica, 1985 p. 179.

nellement la protection des populations contre certains risques ce qui relèvent désormais plus largement d'une politique de lutte contre les risques naturels.

Décentralisation rapide mais décentralisation parcellaire du droit de l'environnement en ce sens que les collectivités ne se voient reconnaître un rôle qu'en certaines matières⁷. De ce point de vue, la décentralisation du droit de l'environnement est beaucoup moins large que celle opérée en droit de l'urbanisme, matière dans laquelle l'essentiel de la fixation des règles applicables a été confié à l'échelon communal au moyen de la planification d'urbanisme de même qu'il appartient aux communes d'autoriser les différentes utilisations des sols.

On doit relever que l'Etat conserve une compétence exclusive dans de très nombreux domaines relevant de la protection de l'environnement. L'Etat dispose d'une compétence exclusive qu'il exerce directement ou indirectement par l'intermédiaire d'autorité administrative indépendante ou d'agence dans les matières suivantes : milieux marins, police de la chasse, police de la pêche, installation classée pour l'environnement, produits chimiques biocides et substances à l'état de nanoparticules, organisme génétiquement modifié, prévention des risques naturels, prévention des nuisances sonores, sécurité nucléaire.

Ainsi, l'administration étatique conserve la main sur une part non négligeable de ce qui concerne l'environnement. Mais il n'en demeure pas moins vrai aussi que les collectivités territoriales se sont vues progressivement reconnaître un rôle important en la matière. Il convient d'abord de relever que les compétences des collectivités territoriales en la matière sont fixées certes par le code de l'environnement mais aussi par d'autres codes tels que le code général des collectivités territoriales, le code de l'urbanisme, le code de la construction et de l'habitation, le code forestier ou encore le code rural. La diversité des sources rend l'établissement d'une synthèse assez délicate. Par ailleurs, les modes d'intervention des collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement sont eux-mêmes fort divers. Il peut s'agir d'un pouvoir de planification, d'un pouvoir de réglementation, d'un pouvoir d'autorisation, d'un pouvoir de gestion.

Enfin, un dernier élément de complexification est fourni par l'article 72 de la Constitution qui pose le principe de l'interdiction d'établir une tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre. En effet, contrairement aux présentations rapides qui sont généralement faites de l'administration territoriale française, cette dernière ne se caractérise pas par 5 niveaux d'administration (commune, intercommunalité, département, région, Etat) mais par deux niveaux (collectivités territoriales, Etat). Si le mode de relation entre l'Etat et les collectivités territoriales peut être qualifié de hiérarchique dans la mesure où l'Etat dispose des moyens juridiques d'imposer sa volonté sous réserve bien entendu de respecter le principe de libre administration des collectivités territoriales, les relations entre collectivités

⁷ R. ROMI, *La répartition des compétences en matière d'environnement : une décentralisation très retenue et trop orientée*, in *Cahiers du CNFPT* 1992-6.

territoriales sont quant à elles, fondées sur un principe d'égalité c'est-à-dire qu'aucune collectivité territoriale ne dispose des moyens juridiques d'imposer sa volonté à une autre. Autrement dit, la région ne dispose pas des moyens juridiques d'imposer sa volonté à un département ou à une commune.

En conséquence nous traiterons de trois points :

Les règles législatives d'articulation des compétences environnementales des collectivités territoriales ;

Les compétences environnementales des collectivités territoriales en matière de planification et de réglementation ;

Les compétences environnementales des collectivités territoriales en matière de parc et de réserves naturelles.

I : Les règles législatives d'articulation des compétences environnementales des collectivités territoriales

A : Les collectivités territoriales, chefs de file en matière environnementale

1 : La notion de chef de file

Les compétences des collectivités territoriales françaises sont très largement entremêlées ce qui soulève des difficultés tant au plan politique car il est délicat pour un électeur de connaître le rôle exact de telle ou telle assemblée délibérante qu'au plan financier du fait de l'existence des financements croisés. Depuis de nombreuses années, le législateur national tente d'apporter des solutions à ces difficultés.

En 2003, le législateur constituant a révisé l'article 72 de la Constitution. Tout en maintenant, le principe d'interdiction de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, il a ouvert la faculté au législateur national d'autoriser une collectivité territoriale d'organiser les modalités de leur action commune⁸.

Mettant en œuvre cette nouvelle possibilité, le législateur a consacré la notion de chef de file⁹ dont l'objet est d'assurer la cohérence des actions des collectivités territoriales tout en ne sacrifiant pas le principe d'interdiction de tutelle de l'une sur l'autre. La loi du 27 janvier

⁸ L'article 72 alinéa 5 de la Constitution dispose qu'« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ».

⁹ L. JANICOT, *La fonction de chef de file*, in *Revue française de droit administratif*, 2014 p. 472 ; L. GÉLIN-RACINOUX, *La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004*, *Actualité juridique Droit administratif*, 2007, p. 283 ; B.FLAMAND-LEVY, *Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat*, in *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 59.

2014 codifiée à l'article 1111-9 du code général des collectivités territoriales institue deux chefs de file en matière environnementales.

La région est chargée d'organiser, en qualité de chef de file, les modalités de l'action commune des collectivités territoriales relatives à l'aménagement et au développement durable du territoire, à la protection de la biodiversité, au climat, à la qualité de l'air et à l'énergie, à l'inter modalité et à la complémentarité des modes de transport. La commune est quant à elle chargée d'organiser, en qualité de chef de file, les modalités de l'action commune des collectivités territoriales relatives à la mobilité durable, à l'aménagement de l'espace, au développement durable.

Le champ ouvert par la loi aux régions et aux communes pour exercer leur rôle de chef de file se recoupe très largement. Comment distinguer aménagement et développement durable du territoire dévolu à la région, de l'aménagement de l'espace et du développement local dévolu à la commune ? Comment distinguer l'inter modalité et la complémentarité des modes de transport attribuée à la région de la mobilité durable attribuée à la commune ? Ainsi, la notion de chef de file, devant faciliter l'exercice des compétences partagées entre les collectivités territoriales, crée elle-même des difficultés en raison de l'existence de domaine partagé entre collectivités. En outre, l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales disposent que les collectivités territoriales « concourent avec l'Etat ... à l'aménagement du territoire ... ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie » consacrant ainsi un système de compétence partagée entre l'Etat et les collectivités territoriales alors même que l'Etat n'est pas partie prenante du mécanisme de chef de file.

En définitive, la notion de chef de file soulève des difficultés d'ordre pratique dont la résolution repose sur la bonne volonté des acteurs à s'entendre en vue de la satisfaction de l'intérêt général.

2 : La conférence territoriale de l'action publique

Conscient de la nécessité d'un lieu de concertation relatif à l'exercice des compétences des collectivités territoriales, le législateur a institué, par la loi du 27 janvier 2014 codifiée à l'article L1111-9-1 du code général des collectivités territoriales, la Conférence territoriale de l'action publique¹⁰.

Installée dans chaque région, la Conférence territoriale de l'action publique est chargée de favoriser un exercice concerté des compétences des collectivités territoriales et, à ce titre, la Conférence peut « débattre et rendre des avis sur tous les sujets relatifs à l'exercice des

¹⁰ J.F. BRISSON, *Décentralisation et contractualisation, Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 2435; M.C. DE MONTECLER, *La recomposition des coopérations territoriales est à l'œuvre, Actualité juridique Droit administratif*, 2017, p. 1392; M. BAUBONNE, *Les schémas régionaux et les risques de tutelle régionale*, RFDA 2017 p. 715 ; B. FAURE, *Le droit des collectivités territoriales malade de ses normes*, *Revue française de droit administratif*, 2014, p. 467; M. VERPAUX, *La jupe-culotte et le chemin de croix*, *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, p. 1321.

compétences et à la conduite de politiques publiques nécessitant une coordination ou une délégation de compétences. » Présidée par le Président du Conseil régional, la Conférence territoriale de l'action publique est composée de représentants des collectivités territoriales désignés dans des conditions déterminées par la loi.

La loi a chargé la Conférence territoriale de l'action publique de la mission d'élaborer la convention territoriale d'exercice concerté des compétences

3 : La convention territoriale d'exercice concerté des compétences

La loi du 27 janvier 2014 (art. L. 1111-9-1 du code général des collectivités territoriales) a institué la convention territoriale d'exercice concerté des compétences¹¹. Il s'agit d'offrir aux collectivités territoriales chef de file l'instrument juridique leur permettant de mettre en œuvre leur rôle de chef de file.

L'initiative de la convention revient à la collectivité territoriale chef de file. En matière d'environnement il s'agira à titre principal de la région et à titre secondaire de la commune qui dispose de la possibilité d'intervenir en qualité de chef de file dans le domaine environnemental.

Le projet de convention territoriale d'exercice concerté de la compétence est examiné par la conférence territoriale de l'action publique.

La collectivité territoriale auteur du projet de convention territoriale d'exercice concerté de la compétence peut prendre en compte les observations formulées lors des débats de la conférence territoriale de l'action publique pour modifier le projet présenté.

Le projet de convention est transmis au représentant de l'Etat dans la région, ainsi qu'aux collectivités territoriales concernées.

Les organes délibérants des collectivités territoriales disposent d'un délai de trois mois pour approuver la convention, qui est signée par le maire ou par le président de la région. Les stipulations de la convention sont opposables aux seules collectivités territoriales et établissements publics qui l'ont signée. Elles les engagent pour une durée de 6 ans à prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre.

Au moins une fois par an, la collectivité territoriale chef de file adresse à l'organe délibérant des collectivités territoriales un rapport détaillant les actions menées dans le cadre de la convention territoriale d'exercice concerté de la compétence. Ce rapport fait l'objet d'un débat.

B : Les rapports normatifs entre les actes des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales sont appelées à prendre dans l'exercice de leur compétence des actes normatifs qui conditionneront la validité d'actes normatifs pris par une autre collectivité territoriale. Cette question s'est tout d'abord posée en matière d'urbanisme avant

¹¹ F. BOTTINI, *L'impact du New public management sur la réforme territoriale*, *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 717; J.F. BRISSON, *Clarification des compétences et coordination des acteurs*, *Actualité juridique Droit administratif*, 2014, p. 605.

de se poser dans les relations entre les documents d'urbanisme et des actes pris au titre du droit de l'environnement.

Le législateur doit ici concilier le principe de libre administration des collectivités territoriales qui impose de reconnaître aux collectivités territoriales une certaine autonomie de décision et le principe de sécurité juridique qui impose qu'une décision administrative prise en application de la loi trouve à s'appliquer.

Le législateur a recours à trois rapports normatifs¹² qui ont été précisées par la doctrine et la jurisprudence.

Le rapport de *conformité* traduit un état de soumission et suppose le strict respect de la norme imposant une solution, une orientation précise, une obligation de faire ou de s'abstenir¹³. L'autorité devant s'assurer de la conformité ne dispose d'aucune marge d'appréciation et doit intégrer à l'identique dans sa décision la norme en cause, sans possibilités d'adaptation.

Le rapport de *compatibilité* se veut « plus souple » que celle de conformité. Définie de manière négative, la compatibilité sera regardée comme une obligation de non-contrariété¹⁴. La compatibilité admet une marge de manœuvre dont l'expression ne peut cependant conduire à ce que l'acte inférieur compromette l'application de la norme supérieure avec laquelle il doit être compatible¹⁵.

Le rapport de *prise en compte* implique de ne pas ignorer la norme supérieure et interdit de « s'écarter des orientations fondamentales » de cette norme sauf à justifier d'un motif suffisant¹⁶.

II : Les compétences de réglementation et de planification des collectivités territoriales en matière environnementale

A : La réglementation

L'article 72 alinéa 3 de la Constitution issu de la révision du 28 mars 2003 énonce que les collectivités territoriales disposent, dans les conditions prévues par la loi, d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétence.

¹² J.P. LEBRETON, *Des degrés de normativité en urbanisme, Actualité juridique Droit administratif*, 2004, p. 830.

¹³ CE 10 juin 1998 SA Leroy Merlin req.n°176920, BJDU 4/1998 p. 242 concl. H. Savoie.

¹⁴ CE 10 février 1997 Association pour la défense de Théoule req. n. 125534.

¹⁵ A. VAN LANG, *Les incertitudes de la notion de compatibilité en droit de l'environnement, Revue française de droit administratif*, 2019, p. 509.

¹⁶ CE 17 mars 2010 Ministre de l'écologie c. FRAPNA req. n. 311443.

En matière environnementale, la collectivité territoriale dotée d'un véritable pouvoir réglementaire est la commune qui l'exerce par l'intermédiaire du maire. Le pouvoir réglementaire du maire, dont il est question ici, lui est confié au titre de l'exercice de compétence de police administrative que la loi lui attribue. Cette compétence de police administrative du maire est un pouvoir propre qu'il exerce en dehors du contrôle du conseil municipal et sous le seul contrôle de légalité du préfet du département¹⁷.

Le maire dispose d'un pouvoir réglementaire en matière de police administrative générale sur le fondement de l'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales. Il peut en application de ce texte prendre des mesures au titre de la sécurité publique ou de la salubrité publique. Au titre de la sécurité publique, le maire peut par exemple prendre des mesures réglementaires concernant les animaux nuisibles ou dangereux. Il y a toute une jurisprudence *administrative* consacrée aux animaux errants, aux chiens¹⁸, aux loups¹⁹, aux ours²⁰, aux pigeons²¹ ou encore aux cochons. De même la protection de la salubrité publique peut conduire le maire à édicter une réglementation concernant les déchets, les ordures et autres pollutions²².

Certains maires ont tenté d'étendre le champ du pouvoir réglementaire que la loi leur confie en s'appuyant sur la charte de l'environnement et singulièrement sur le principe de précaution²³. Cette tentative d'extension s'est produite à propos de l'implantation d'antennes de téléphonie mobile et de la culture d'organisme génétiquement modifié en plein champ. Dans les deux cas, il existe une police administrative spéciale confiée à l'Etat. Le problème juridique posé au Conseil d'Etat était celui de savoir si un maire pouvait par l'exercice de son pouvoir de police administrative générale aggraver une mesure prise par

¹⁷ V. CHIU, *La police de l'eau et des milieux aquatiques*, in *Actualité juridique Collectivités territoriales*, 2019, p. 378; A.S. DENOLLE, *Concours de police en matière environnementale: quelle place pour le maire?*, in *Actualité juridique Collectivités territoriales*, 2019, p. 370; M. MOLINER-DUBOST, *La police de la circulation aux services de l'environnement*, *Actualité juridique Collectivités territoriales*, 2019, p. 382.

¹⁸ CE 27 avril 1962 De La Bernardie rec.p.281.

¹⁹ CE 30 décembre 1998 Chambre d'agriculture des Alpes Maritimes et Centre départemental des jeunes agriculteurs des Alpes Maritimes req. n. 188159 rec. p. 516.

²⁰ CE Avis 29 juillet 2008 req. n. 381725.

²¹ CE 4 décembre 1995 Delevallade req. n. 133880.

²² CE 15 nov. 2017, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, req. n. 403275 ; CE 18 nov. 1998, Jaeger req. n. 161612; Lebon T. 1063; Dr. envir. 1999, n. 67, p. 6, note Fontbonne ; CE 11 janv. 2007, Min. de l'Écologie et du Développement durable c/ Sté Barbazanges Tri ouest, req. n. 287674: Envir. 2007, n. 45, note Billet; JCP Adm. 2007, n. 2106, note Billet; JCP E 2007, n 1715, note Billet; Rev. jur. envir. 2007. 347, note Billet; ACL 2008, n 112.

²³ Y. JEGOUZO, *Le maire ne peut utiliser ses pouvoirs de police générale pour interdire les cultures en plein champ des espèces génétiquement protégées*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2002, p. 1351; E. UNTERMAIER, *L'interdiction les règlements municipaux «anti OGM» par le Conseil d'Etat*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2012, p. 2122; J. PETIT, *Les aspects nouveaux du concours entre police générales et polices spéciales*, *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 1187; A.VAN LANG, *Police municipale et antennes relais : l'incompatibilité se confirme*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, p. 1292

la police administrative spéciale en se fondant sur le principe de précaution. Le Conseil d'Etat a répondu par la négative à cette question²⁴.

En définitive, on peut considérer que le pouvoir réglementaire confié aux collectivités territoriales en matière environnementale demeure restreint et recouvre pour une large part l'exercice par les maires de leur pouvoir de police administrative générale.

Les compétences reconnues aux collectivités territoriales en matière de planification sont plus substantielles.

B : La planification

La planification par les collectivités territoriales en matière environnementale est importante et vient très largement suppléer l'apparente faiblesse des collectivités en matière réglementaire stricto sensu car certains éléments de cette planification auront valeur réglementaire. C'est ainsi qu'en matière d'urbanisme le plan local d'urbanisme est un document complexe composé de plusieurs éléments dont un règlement²⁵.

1 : La région

Le rôle de la région, en matière de planification environnementale, a été récemment notablement renforcé par une ordonnance du 23 septembre 2015.

La région, à l'exception de la région d'Ile-de-France, des régions d'outre-mer et des collectivités territoriales à statut particulier exerçant les compétences d'une région, élabore un schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires²⁶.

Ce schéma fixe les objectifs de moyen et long termes sur le territoire de la région en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, d'implantation des différentes infrastructures d'intérêt régional, de désenclavement des territoires ruraux, d'habitat, de gestion économe de l'espace, d'inter modalité et de développement des transports, de maîtrise et de valorisation de l'énergie, de lutte contre le changement climatique, de pollution de l'air, de protection et de restauration de la biodiversité, de prévention et de gestion des déchets.

Le schéma identifie les voies et les axes routiers qui, par leurs caractéristiques, constituent des itinéraires d'intérêt régional. Ces itinéraires sont pris en compte par le département, dans le cadre de ses interventions, pour garantir la cohérence et l'efficacité du réseau routier ainsi que la sécurité des usagers.

Le schéma peut fixer des objectifs dans tout autre domaine contribuant à l'aménagement du territoire lorsque la région détient, en application de la loi, une compétence exclusive de planification, de programmation ou d'orientation et que le conseil régional décide de

²⁴ CE Ass.26 octobre 2011 Commune de Saint-Denis req. n. 326492 ; CE Ass.26 octobre 2011 Commune des Pennes-Mirabeau req. n. 329904 ; CE 24 septembre 2012 Commune de Valence req. n. 342990.

²⁵ F. PRIET, *La rénovation du règlement du plan local d'urbanisme*, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 863.

²⁶ J.M. PONTIER, *Les schémas dans l'ordonnancement juridique*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2018, p. 957; M.C. DE MONTECLER, *Publication du décret sur le schéma régional d'aménagement*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2016, p. 1605; B. FAURE, *Le leadership régional: une nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 1878.

l'exercer dans le cadre de ce schéma, par délibération prévue à l'article L. 4251-4 du Code général des collectivités territoriales. Dans ce cas, le schéma tient lieu de document sectoriel de planification, de programmation ou d'orientation. Pour les domaines dans lesquels la loi institue un document sectoriel auquel le schéma se substitue, ce dernier reprend les éléments essentiels du contenu de ces documents.

Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires est adopté par délibération du conseil régional dans un délai de trois ans à compter de la date de publication de l'ordonnance du 27 juillet 2016, soit avant le 27 juillet 2019. Il est ensuite approuvé par arrêté du Préfet de région.

Les schémas de cohérence territoriale et, à défaut, les plans locaux d'urbanisme, les cartes communales ou les documents en tenant lieu, ainsi que les plans de déplacements urbains, les plans climat-air-énergie territoriaux et les chartes des parcs naturels régionaux : prennent en compte les objectifs du schéma régional *d'a,ménagement*, de développement durable et d'égalité des territoires ;

sont compatibles avec les règles générales du fascicule de ce schéma, pour celles de leurs dispositions auxquelles ces règles sont opposables.

La Région dispose ainsi désormais d'un véritable pouvoir décisionnel qui devrait à terme lui permettre de faire évoluer les documents d'urbanisme locaux en fonction des objectifs politiques arrêtés au niveau régional²⁷.

2 : L'échelon communal

J'évoque l'échelon communal plutôt que la commune car en la matière les communes sont appelées à intervenir par l'intermédiaire de structures intercommunales²⁸. Deux documents élaborés et adoptés à l'échelon communal présentent de l'intérêt en matière environnementale. Il s'agit du schéma de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme.

Le schéma de cohérence territoriale²⁹ a un champ d'application plus large qu'un plan local d'urbanisme. Il doit assurer la cohérence entre les différents plans locaux d'urbanisme concernant les communes de son ressort.

Le schéma de cohérence fait l'objet d'une évaluation environnementale obligatoire lors de la procédure d'élaboration³⁰. Par ailleurs, ce schéma a un contenu qui intéresse directement différents aspects environnementaux. Le rapport de présentation du schéma « ex-

²⁷ M. BAUBONNE, *Les schémas régionaux et les risques de tutelle régionale*, in *Revue française de droit administratif*, 2017, p. 715; L. JANICOT, *Le pouvoir normatif des régions*, in *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 664.

²⁸ M. LETANOUX, *Bloc communal: quelles sont les compétences en matière environnementale?*, in *Actualité juridique Collectivités territoriales*, 2019, p. 374.

²⁹ F. ROLIN, *Supprimons les schémas de cohérence territoriale*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2014, p. 1177; P. SOLER-COTEAX, *L'ardente obligation du schéma de cohérence territoriale*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2003, p. 1528.

³⁰ J.F. STRUILLLOU, *L'intégration des préoccupations environnementales dans les documents de planification urbaine*, in *Revue française de droit administratif*, 2012, p. 872; J.P. FERRAND, *Les documents d'urbanisme à l'épreuve de l'évaluation environnementale*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, p. 629 ; V. GAUDRON, *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme français*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, p. 659.

plique les choix retenus pour établir le projet d'aménagement et de développement durables et le document d'orientation et d'objectifs en s'appuyant sur un diagnostic établi au regard des prévisions économiques et démographiques, notamment au regard du vieillissement de la population et des besoins répertoriés en matière de développement économique, d'aménagement de l'espace, d'environnement, notamment en matière de biodiversité, d'agriculture, de préservation du potentiel agronomique, d'équilibre social de l'habitat, de transports, d'équipements et de services. » (L141-3 du code de l'urbanisme.)

Le schéma de cohérence territoriale comporte un second élément appelé plan d'aménagement et de développement durable qui « fixe les objectifs des politiques publiques d'urbanisme, du logement, des transports et des déplacements, d'implantation commerciale, d'équipements structurants, de développement économique, touristique et culturel, de développement des communications électroniques, de qualité paysagère, de protection et de mise en valeur des espaces naturels, agricoles et forestiers, de préservation et de mise en valeur des ressources naturelles, de lutte contre l'étalement urbain, de préservation et de remise en bon état des continuités écologiques. En matière de déplacements, ces objectifs intègrent une approche qualitative prenant en compte les temps de déplacement. » (L141-4 code de l'urbanisme).

Le schéma de cohérence territoriale comporte enfin un troisième élément qui est le document d'orientation et d'objectifs dont l'objet est de déterminer :

« 1° Les orientations générales de l'organisation de l'espace et les grands équilibres entre les espaces urbains et à urbaniser et les espaces ruraux, naturels, agricoles et forestiers ;
2° Les conditions d'un développement urbain maîtrisé et les principes de restructuration des espaces urbanisés, de revitalisation des centres urbains et ruraux, de mise en valeur des entrées de ville, de valorisation des paysages et de prévention des risques ;
3° Les conditions d'un développement équilibré dans l'espace rural entre l'habitat, l'activité économique et artisanale, et la préservation des sites naturels, agricoles et forestiers. » (L141-5 code de l'urbanisme).

On constate ainsi que le schéma de cohérence territoriale est un document d'urbanisme très largement porteur de préoccupation environnementale ce qui en fait un élément de planification environnementale très important.

Le plan local d'urbanisme qui doit être compatible avec le schéma de cohérence territoriale est lui aussi profondément marqué par l'exigence environnementale. Contrairement au schéma de cohérence territoriale, il ne fait pas l'objet de façon obligatoire d'une évaluation environnementale lors de son élaboration. En revanche, il comporte plusieurs éléments tels que le rapport de présentation, le plan d'aménagement et de développement durable ainsi que des orientations d'aménagement et de programmation qui reprennent les préoccupations environnementales du schéma de cohérence territoriale. Mais de plus le plan local d'urbanisme comporte un règlement qui définit différentes zones dans lesquelles le droit de construire et le droit d'aménager varieront.

III. La gestion d'espace naturel

A : La Région

La Région dispose de deux instruments lui permettant d'entreprendre la gestion d'espace naturel. Il s'agit d'une part des parcs naturels régionaux³¹ et d'autre part des réserves naturelles régionales³².

Il existe en 2019 cinquante-quatre parcs naturels régionaux. L'objet d'un parc naturel régional est de protéger les paysages ainsi que le patrimoine naturel et culturel. A cette fin une charte est élaborée comprenant un rapport déterminant les orientations de protection, de mise en valeur et de développement et un plan indiquant les différentes zones du parc et leur vocation. La charte est adoptée par décret portant classement ou renouvellement du classement en parc naturel régional, pour une durée de quinze ans, du territoire des communes comprises dans le périmètre de classement ou de renouvellement de classement approuvé par la région. L'Etat et les collectivités territoriales ayant approuvé la charte appliquent les orientations et les mesures de la charte dans l'exercice de leurs compétences sur le territoire du parc. Ils assurent, en conséquence, la cohérence de leurs actions et des moyens qu'ils y consacrent. Les schémas de cohérence territoriale, les schémas de secteurs, les plans locaux d'urbanisme et les documents d'urbanisme en tenant lieu ainsi que les cartes communales doivent être compatibles avec les chartes. (art. L333-1 code de l'environnement). Le rapport de compatibilité établit entre la Charte d'un parc naturel régional et les documents régionaux en fait un document intéressant aux mains des régions pour peser sur les choix environnementaux faits au niveau des documents d'urbanisme locaux.

Il existe en 2019 cent quatre-vingt une réserves naturelles régionales. L'objet d'une réserve naturelle est quant à elle d'assurer la préservation d'un milieu naturel présentant une importance particulière. A côté de l'Etat, la Région peut prendre l'initiative d'une réserve naturelle régionale. La procédure de création est complexe, le pouvoir de décision appartenant en définitive soit au conseil régional soit au premier ministre selon l'accord des propriétaires concernées (L. 332-2-1 code de l'environnement). Le classement en réserve naturelle régionale peut entraîner la réglementation ou l'interdiction sur le territoire concerné de la chasse, la pêche, ainsi que les activités agricoles, forestières, pastorales, industrielles, commerciales, sportives et touristiques, l'exécution de travaux publics ou privés, l'utilisation des eaux, la circulation ou le stationnement des personnes, des véhi-

³¹ C. CANS, *Parcs naturels régionaux*, in *Droit de l'aménagement Le Moniteur*, 2014, VII, 1300; Y. JEGOUZO, *Simplification du régime des parcs naturels régionaux*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2007, p. 941; X. BRAUD, *Parc naturel régional: outil de protection?*, in *Droit de l'Environnement*, n. 38, 1996, p. 11.

³² P. BILLET, *Du temps, de la propriété et quelques autres considérations sur le classement en réserve naturelle*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2003, n. 4, p. 473; C. CANS, *La fausse décentralisation des réserves naturelles*, in *Droit de l'Environnement*, n. 78, 2002, p. 113

cules et des animaux. (L. 332-3 code de l'environnement). En revanche, contrairement aux réserves naturelles nationales, les activités minières ainsi que le survol ne peuvent être réglementés ou interdits dans une réserve naturelle régionale.

B : Les départements

Le département est habilité par le code de l'urbanisme à conduire deux politiques publiques de protection de l'environnement : la politique des espaces naturels sensibles d'une part et la politique de protection et de mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains.

La politique des espaces naturels sensibles est prévue aux articles L. 113-8 et suivants du code de l'urbanisme³³. Son objet est de préserver la qualité des sites, des paysages, et des milieux naturels. Cette politique est destinée aux petites communes qui ne sont pas dotées d'un plan local d'urbanisme. Le président du conseil départemental peut, par arrêté pris sur proposition du conseil départemental, après délibération des communes concernées, déterminer les bois, forêts et parcs, relevant ou non du régime forestier, enclos ou non, attenants ou non à des habitations, dont la préservation est nécessaire et auxquels est applicable le régime des espaces boisés classés.

Cet arrêté peut édicter les mesures nécessaires à la protection des sites et paysages et prévoir notamment l'interdiction de construire ou de démolir, et celle d'exécuter certains travaux, constructions ou installations affectant l'utilisation du sol, à l'exception des travaux visant à l'amélioration des exploitations agricoles.

La liberté d'action du département est relative dans la mesure où non seulement cette politique doit être compatible avec différentes réglementation étatique (dispositions spécifiques du code de l'urbanisme relatives au littoral et à la montagne ou encore directive territoriale d'aménagement) mais de plus cette politique doit être compatible avec une planification édictée à l'échelon intercommunal (le schéma de cohérence territoriale).

La politique de protection et de mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains prévue aux articles L. 113-15 et suivants du code de l'urbanisme est conçue comme un instrument de lutte contre l'étalement urbain³⁴. Dans ce cadre le département peut délimiter des périmètres d'intervention associés à des programmes d'action avec l'accord de la ou des communes, après avis de la chambre départementale d'agriculture et enquête publique.

Les périmètres d'intervention ne peuvent inclure des terrains situés dans une zone urbaine ou à urbaniser délimitée par un plan local d'urbanisme, dans un secteur constructible dé-

³³ P. BILLET, *Droit de préemption et protection de l'environnement*, in *Construction-Urbanisme*, 2009, Etude, p. 14 ; M. PRIEUR, *Pour une véritable politique du département de protection et de gestion des espaces naturels*, in *Revue juridique de l'environnement*, 1997, p. 171.

³⁴ J. MACKOWIAK, *Les espaces ruraux et naturels à l'épreuve du développement durable*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2005, p. 1268.

limité par une carte communale ou dans un périmètre ou un périmètre provisoire de zone d'aménagement différé.

Inversement, dès lors que le périmètre est institué, les terrains compris dans un périmètre d'intervention ne peuvent être inclus ni dans une zone urbaine ou à urbaniser délimitée par un plan local d'urbanisme, ni dans un secteur constructible délimité par une carte communale.

Le département élabore, en accord avec la ou les communes concernées un programme d'action qui précise les aménagements et les orientations de gestion destinés à favoriser l'exploitation agricole, la gestion forestière, la préservation et la valorisation des espaces naturels et des paysages au sein du périmètre d'intervention.

Le projet de programme est également adressé à la chambre départementale d'agriculture ainsi qu'à l'Office national des forêts si le périmètre comprend des parcelles soumises au régime forestier.

A l'intérieur d'un périmètre d'intervention, les terrains peuvent être acquis par le département ou, avec l'accord de celui-ci, par une autre collectivité territoriale à l'amiable ou par expropriation voire même par préemption.

Les acquisitions se font en vue de la protection et de la mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains.

Les biens acquis sont intégrés dans le domaine privé de la collectivité territoriale. Ils ne peuvent être utilisés qu'en vue de la réalisation des objectifs définis par le programme d'action.

Les biens acquis peuvent être cédés de gré à gré, loués conformément aux dispositions du titre Ier du livre IV du code rural et de la pêche maritime ou concédés temporairement à des personnes publiques ou privées à la condition que ces personnes les utilisent aux fins prescrites par le cahier des charges, dont les clauses types sont approuvées par décret en Conseil d'Etat et qui est annexé à l'acte de vente, de location ou de concession temporaire. Les cahiers des charges précisent notamment les conditions selon lesquelles les cessions, locations ou concessions temporaires sont consenties et résolues en cas d'inexécution des obligations du cocontractant.

Natura, danno, soggetti

Riflessioni in tema di giustizia ecologica*

Rodrigo Míguez Núñez**

«The idea of wilderness needs no defense,
it only needs defenders»

Edward Abbey

Shadows from the Big Woods (1977)

SOMMARIO: 1. Giustizia distributiva e giustizia ecologica. – 2. I diritti degli enti naturali nella giurisprudenza colombiana. – 3. Il soggetto natura nel diritto positivo. – 4. Il passaggio civilistico: la responsabilità per il “pregiudizio ecologico puro” nell’esperienza francese. – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT:

Sulla base dell’applicazione della giustizia distributiva alla natura, questo lavoro fornisce uno studio comparativo sulle implementazioni della giustizia ecologica volte a mostrare il suo carattere poliedrico, nonché i risvolti delle sue utilizzazioni. In tal modo, lo studio intende identificare nuove strategie giuridiche per la conservazione della biodiversità e stimolare la discussione su come rappresentare il valore intrinseco della natura.

Based on the application of distributive justice to nature, this paper offers a comparative study on the implementation of ecological justice with the intention of illustrating its multifaceted character, as well as the implications of its uses. In so doing, the study is intended to identify new legal strategies for biodiversity conservation and to stimulate discussion about how to represent nature’s intrinsic value.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente scritto rielabora la relazione tenuta dall’Autore ad Alessandria il 10 maggio 2019, in occasione dell’XI Settimana di studi sulle autonomie locali, dedicata a “Regioni, enti locali e ambiente” e promossa dal Dottorato di ricerca in Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza dell’Università del Piemonte Orientale.

** Professore associato di Diritto privato, Università del Piemonte Orientale, rodrigo.miguez@uniupo.it.

1. Giustizia distributiva e giustizia ecologica

Com'è noto, a partire della nota teorizzazione di John Rawls (1971)¹ la discussione intorno al tema della giustizia (sociale o distributiva) è legata al modo in cui le istituzioni distribuiscono i diritti e i doveri fondamentali nonché le opportunità economiche e le condizioni sociali nei vari settori della società². In questa luce la giustizia è ciò che si applica all'interno di una singola società composta da "attuali" esseri umani che cercano di raggiungere un accordo sulle regole di base per governare le loro vite insieme³.

Una siffatta nozione non tiene però conto di un fatto (che avrebbe trovato più tardi d'accordo lo stesso Rawls⁴) emerso dai più recenti sviluppi economici e culturali, dalla crescita demografica e dal potere sfrenato che l'uomo esercita sull'ambiente: spesso l'attività degli esseri umani di una società provoca rilevanti effetti sugli esseri umani che abitano in altre società o vivono in altri periodi⁵.

Di qui si ribadisce che il discorso della giustizia distributiva debba comprendere anche la dimensione inter-societaria e inter-generazionale, avverandosi un primo allargamento della nozione⁶.

Si parla di "giustizia ambientale", concetto che emerge negli Stati Uniti negli anni Ottanta per il malcontento dei settori sociali più poveri a ragione della loro propensione, sotto

¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice* [1971], trad. it. *Una teoria della Giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2019.

² Il confronto più recente sul punto non può che richiamare la proposta teorica sviluppata da Amartya Sen (*The Idea of Justice*, New York, Penguin Books, 2009) e Marta Nussbaum (*Frontiers of Justice: Disability, Nationality and Species Membership*, Cambridge, Harvard University Press, 2006) che, contestualizzando la distribuzione delle risorse su considerazioni di ordine socioculturali, incentrano la questione della giustizia su ciò che effettivamente accade nella società, ovvero sulle "capacità" che ogni persona ha di trasformare le risorse in potenzialità (giustizia effettiva) migliorando così i propri standard di vita. Sul punto cfr. J.M. ALEXANDER, *Capabilities and Social Justice: The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*, Aldershot, Ashgate, 2008.

³ B. BAXTER, *A Theory of Ecological Justice*, Abingdon-New York, Routledge, 2005, p. 6.

⁴ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 246, n. 35.

⁵ Evidente il richiamo all'opera di H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung* [1979], trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 2009. Per quanto riguarda l'allargamento della teoria della giustizia di Rawls nonché i suoi limiti per affrontare la questione della disuguaglianza nella distribuzione dei beni e dei danni ambientali si rinvia a E. MAESTRI, *Giustizia ecologica. Un confronto tra la teoria di Rawls e la teoria di Nussbaum*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 16, 1, 2016, pp. 149–167; B. HOLLAND, *Ecology and the Limits of Justice: Establishing Capability Ceilings in Nussbaum's Capabilities Approach*, in *Journal of Human Development*, 9, 3, 2008, pp. 401–425. Vedi anche D. BELL, *Environmental Justice and Rawls' Difference Principle*, in *Environmental Ethics*, 26, 2004, 287–306, il quale afferma, invece, che la teoria di Rawls può fungere da adeguata base di partenza per il discorso della giustizia ambientale.

⁶ Il tema si collega alla soggettività delle generazioni future, su cui, per un'attenta disamina cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2008; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; S. BAILEY, G. FARRELL, U. MATTEI (eds.), *Protecting Future Generations through Commons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2013; A. PISANÒ, *Generazioni future (Parte giuridica)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VI, Napoli, E.S.I., 2013, pp. 520–530, spec. 528–529; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 331–390; ora in ID., *Constitution and Future Generations: A New Challenge for Law's Theory*, in L. WESTRA, J. GRAY, A. D'ALOIA (eds.), *The Common Good and Ecological Integrity*, London, Routledge, 2016, p. 211 ss. Vedi anche, dalla prospettiva della "giustizia sostenibile", M.E. GRASSO, *Lineamenti di etica e diritto della sostenibilità*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 297 ss.

diverse forme di ricatto, al danno o rischio ambientale⁷. E si parla di “giustizia climatica” per fare riferimento allo stesso fenomeno ma su scala ormai globale⁸.

Bussola di entrambe le nozioni è l’equa distribuzione dei vantaggi e delle opportunità ambientali; ovvero il principio secondo cui tutte le persone e le comunità, a prescindere dalle proprie connotazioni, hanno diritto a pari protezione e pari applicazione delle leggi e dei regolamenti ambientali⁹.

Come risultato di questa «rimoralizzazione del diritto»¹⁰, l’ambiente risulta legato a temi di equità e di giustizia sociale (il Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile del 2002 è esplicito al riguardo) e la nozione di giustizia diviene più articolata: si può avere distribuzione ambientale sia nel tempo (tra generazioni diverse) che nello spazio (tra territori diversi nello stesso lasso di tempo).

Questa, però, è un’evoluzione antropocentrica.

Come sostengono Catherine e Raphaël Larrère in essa l’ambiente non è un soggetto a cui dovrebbe essere fatta giustizia, ma un oggetto di distribuzione fra gli uomini¹¹. In effetti, sono sempre i postulati ricavati dalla dottrina di Rawls a stabilire che la giustizia è solo possibile fra *morals equals* (i principi di giustizia presuppongono che uguali diritti siano assegnati a tutte le persone), sicché le nostre relazioni con animali, piante e ambiente sono estranee ad un rapporto di giustizia rimanendo fuori dalla teoria contrattualista¹². Nel solco di questi principi Brian Barry aggiunge che la giustizia può essere prevista solo nelle relazioni tra le creature che pesino equamente nelle scale morali, derivandone che il concetto di giustizia «cannot be ‘deployed intelligibly’ outside human relations»¹³.

Se le premesse sono queste è dato affermare che per la teoria liberale della giustizia distributiva è possibile fare del “male” alla natura, ma ciò non comporta che vi sia una vittima di “ingiustizia” nei rapporti tra gli esseri umani e il mondo naturale¹⁴.

⁷ M. DOWIE, *Losing Ground: American Environmentalism at the Close of the Twentieth Century*, Cambridge-London, The MIT Press, 1996, p. 125 ss.

⁸ C. HUGLO, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 35–36. Quest’ultima variante è anche chiamata *global environmental justice*. Cfr. D. JAMIESON, *Global Environmental Justice*, in R. ATTFIELD, A. BELSEY (eds.), *Philosophy and the Natural Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 199–210; R. FIGUEROA, C. MILLS, *Environmental Justice*, in D. JAMIESON (ed.), *A Companion to Environmental Philosophy*, Oxford, Blackwell Publishing, 2001, pp. 426–438.

⁹ A. DOBSON, *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*, Oxford, Oxford University press, 1998, p. 6 ss. Per un’efficace sintesi di questi assunti cfr. G. DE MARZO, *Per amore della terra. Libertà, giustizia e sostenibilità ecologica*, Roma, Castelvecchi, 2018 p. 18 ss.

¹⁰ È l’espressione di R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 20.

¹¹ C. LARRÈRE, R. LARRÈRE, *Penser et agir avec la nature. Une enquête philosophique*, Paris, La Découverte, 2018, p. 338.

¹² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 505 e 512.

¹³ B. BARRY, *Sustainable and Intergenerational Justice*, in A. DOBSON (ed.), *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 95.

¹⁴ COSÌ D. SCHLOSBERG, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements and Nature*, Oxford, Oxford University Press, p. 105.

Di fronte alle limitazioni di questo quadro dottrinale, una più complessa e controversa nozione di giustizia è stata introdotta dai teorici dell'etica biocentrica nonché dai movimenti ambientalisti¹⁵.

Trattasi della distribuzione ambientale legata alla relazione fra l'umano e il vivente non umano¹⁶. Siamo nell'ambito della "giustizia ecologica"¹⁷, paradigma distributivo in cui «la natura non è più solo un fattore della giustizia ma un possibile attore che riceve giustizia»¹⁸. Elemento di traino di questa nozione è l'idea di una reciproca interdipendenza tra le comunità di esseri umani e non umani; il pensare, cioè, alla terra come ad un "organismo complesso"¹⁹, appartenente ad un sistema integrato dal quale dipende la sopravvivenza di tutte le forme di vita²⁰.

Per cogliere un siffatto profilo, la giustizia ecologica parte dal presupposto secondo cui la natura (la biodiversità, un ecosistema, una specie) è degna di considerazione morale avendo perciò pretese giuridiche nei confronti degli umani (agenti morali) a causa dell'impatto delle loro azioni sugli ecosistemi e sulle singole componenti del mondo naturale²¹. Tali pretese si esplicitano nel diritto del "vivente non umano" di non essere privato senza una

¹⁵ Per etica biocentrica intendiamo anche la c.d. "etica ambientale non antropocentrica". Sul punto, e per i necessari rinvii bibliografici, cfr. S. DELLAVALLE (a cura di), *L'urgenza ecologica: percorso di lettura attraverso le proposte dell'etica ambientalista*, Milano, Baldini Castoldi Dalai, 2003; M. ANDREOZZI, *Le sfide dell'etica ambientale: possibilità e validità delle teorie morali non-antropocentriche*, Milano, LED, 2015.

¹⁶ Sul concetto di vivente non umano e sulla giustiziabilità dei suoi diritti cfr., da ultimo, M.-A. HERMITTE, *L'intérêt d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant*, in X. BIOY (dir.), *Droits constitutionnels du vivant. Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels: bioéthique et environnement*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 21 ss.

¹⁷ Espressione coniata da Nicholas LOW e Brendan GLEESON nel volume *Justice, Society and Nature. An Exploration of Political Ecology*, London-New York, Routledge, 1998.

¹⁸ G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 111. Preme però notare che per alcuni teorici il fatto di estendere la comunità di giustizia oltre gli umani (anche quando si esplorando le lacune nelle teorie distributive), comporta andare oltre il modello teorico della distribuzione e riflettere su altri componenti come il riconoscimento sociale e politico, la capacità e le procedure politiche partecipative. Cfr., in particolare, la proposta di D. SCHLOSBERG, *Defining Environmental Justice*, cit., p. 129 ss.

¹⁹ Evidente, in proposito, l'influenza della nozione del «super-organismo» del chimico inglese James Lovelock, per cui ogni organismo vivente deriva da una rete sicché l'intera gamma della materia vivente sulla Terra può essere considerata come costituente una singola unità vivente. Cfr. J. LOVELOCK, *Gaia. A new Look at Life on Earth*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

²⁰ Si esplicita al riguardo che «[l]a justicia ecológica significa una síntesis superadora del antropocentrismo hacia el ecocentrismo, que reconoce la realidad ontológica y existencial del sujeto humano como centro que integra la expresión de la especie humana en la integridad absoluta de sus naturales implicaciones ecosistémicas, sin menoscabo de su traducción virtual o parcial en los derechos humanos y fundamentales en cuanto tales». T. VICENTE GIMÉNEZ, *El nuevo paradigma de la justicia ecológica y su desarrollo ético-jurídico*, in ID. (ed.), *Justicia ecológica en la era del antropoceno*, Madrid, Editorial Trotta, 2016, p. 11 e 19.

²¹ Il punto, in riferimento ai «diritti giuridici» del mondo naturale, è stato fissato da P.W. TAYLOR, *The Ethics of Respect for Nature*, in *Environmental Ethics*, 3, 1981, p. 197 ss. Su cui, per una prima disamina cfr. J.C. EVANS, *With Respect for Nature: Living as Part of the Natural World*, New York, State University of New York Press, 2005, p. 77 ss. Vedi anche B. BAXTER, *A Theory of Ecological Justice*, cit., p. 7; D. SCHLOSBERG, *Defining Environmental Justice*, cit., p. 103 ss., nonché le riassuntive riflessioni di M. DEFFAIRI, *L'environnement: objet du droit, objet de droit (s)?*, in G. BLANC *et al.* (dir.), *Humanités environnementales. Enquêtes et contre-enquêtes*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2017, p. 231 ss., spec. 239.

buona ragione morale delle basi ambientali che consentono la sua esistenza e la capacità di riprodursi²².

Palese, sotto questo aspetto, è l'avvicinamento della riflessione della teoria politica e giuridica al paradigma della *Deep ecology* del filosofo norvegese Arne Naess²³; ossia a quel «modo di essere, di sentirsi, che vede la sua realizzazione sotto forma di un 'movimento' alla cui base sta la convinzione che l'uomo debba ritrovare quella sua collocazione nella natura che il riduzionismo e il meccanicismo gli ha fatto perdere»²⁴. Da qui che l'«egualitarismo biosferico» e l'idea di «giustizia inter-specie», le più radicali componenti di questo archetipo, prospettino l'autorealizzazione di tutti gli esseri, umani e non umani, nel senso che tutte le cose «hanno il diritto di vivere, trasformarsi e raggiungere le proprie forme individuali di sviluppo e autorealizzazione all'interno di una autorealizzazione più ampia»²⁵.

Perciò, garantendosi la sostenibilità ecologica, ovvero la possibilità per gli ecosistemi di potersi rigenerare e auto-organizzare in base alla propria resilienza, la giustizia ecologica promuove l'equità in relazione all'ambiente per le generazioni presenti e future, per gli esseri umani e per gli altri esseri viventi, rappresentando una forma più completa di giustizia rispetto ai convenzionali assunti del liberalismo politico e filosofico²⁶.

Chiarita la premessa di ordine concettuale (punto strategico per chi osserva il fenomeno dalla prospettiva dello studioso occidentale), possiamo ora occuparci delle applicazioni concrete di giustizia ecologica nelle esperienze di diritto comparato, per poi valutare alcune sue implicazioni nella dogmatica giuridica.

²² Evidentemente, i tradizionali *standard* della giustizia distributiva basati sulla simmetria e la reciprocità non possono essere fattori configuranti della giustizia ecologica. Per contro, la pretesa giuridica della giustizia ecologica deve fondarsi sull'unilateralità e sull'asimmetria, fattori che configurano la "complementarietà costruttiva" come configurante di giustizia. Sul punto vedi T. VICENTE GIMÉNEZ, *El nuevo paradigma de la justicia ecológica y su desarrollo ético-jurídico*, cit., p. 26.

²³ A. NAESS, *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement*, in *Inquiry*, 16, 1, 1973, pp. 95–100. Vedi anche B. DEVALL, G. SESSIONS, *Ecologia Profonda, vivere come se la natura fosse importante*, trad. it. di G. Salio, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1989.

²⁴ P. PAGANO, *Antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo: una panoramica di filosofia ambientale*, in *Energia, Ambiente, Innovazione*, 2, 2004, pp. 72–86, spec. 84. Per una più recente e completa disamina dell'impostazione in esame rinvio a G. DALLA CASA, *L'ecologia profonda: lineamenti per una nuova visione del mondo*, Milano-Udine, Mimesis, 2011.

²⁵ B. DEVALL, G. SESSIONS, *Ecologia Profonda*, cit., p. 76. Conviene altresì evidenziare che l'ecologismo profondo ha stretti parallelismi con la filosofia dell'"etica della terra" di Aldo Leopold, per cui l'umanità e tutti gli altri esseri sono aspetti di una singola realtà/comunità in continua evoluzione. In tema, per una riassuntiva descrizione, cfr. R. BIONDI, A. LA VERGATA, *Natura*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 198 ss.; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 100 ss. Per approfondimenti ulteriori vedi E. T. FREYFOGLE, *A Good that Transcends: How U.S. Culture Undermines Environmental Reform*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2017, p. 8 ss.

²⁶ G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 111.

2. I diritti degli enti naturali nella giurisprudenza colombiana

Il passaggio, d'obbligo, deve essere ribadito: se è vero che umani e vivente non umano sono legati dalla stessa necessità di sostenibilità²⁷ e se vero che l'evoluzione politica e giuridica dei nostri tempi si indirizza verso una sorte di «mimetismo» o di «animismo giuridico» che ravvicina le norme applicabili ad entrambi i poli²⁸, l'applicazione concreta della giustizia ecologica implica riconoscere la natura come parte di una comunità di cui fanno parte gli esseri umani insieme al resto del mondo naturale²⁹.

In quest'ottica una prima applicazione del fenomeno proviene dalla Colombia.

A gennaio del 2015 diverse comunità, organizzazioni afro-discendenti e indigene che abitano lungo le rive del fiume Atrato presentano un ricorso di tutela costituzionale, assegnato ad un Tribunale amministrativo locale³⁰, per fermare l'utilizzo intensivo e su vasta scala di metodi di estrazione mineraria e di sfruttamento forestale illegali nel fiume Atrato. Tali pratiche, ad avviso dei ricorrenti, implicano conseguenze dannose e irreversibili sull'ambiente, condizionando i diritti fondamentali delle comunità locali e l'equilibrio naturale dei territori in cui vivono. In sintesi, gli attori chiedono al giudice di tutela di proteggere i diritti fondamentali di vita, salute, acqua, sicurezza alimentare, ambiente sano, cultura e territorio delle comunità etniche e, di conseguenza, di disporre una serie di misure che consentano di articolare soluzioni strutturali alla grave crisi sanitaria, socio-ambientale, ecologica e umanitaria che si concentra nel bacino del fiume Atrato, nei suoi affluenti e nei territori circostanti.

I ricorrenti, soccombenti in prima e seconda istanza, sottopongono il quesito alla revisione della Corte costituzionale, la quale accoglie l'istanza dichiarando il fiume Atrato, il suo bacino e affluente entità «soggetto di diritti a protezione, conservazione, mantenimento e ripristino a carico dello Stato e delle comunità locali». Di conseguenza, aggiunge la Corte, un delegato governo e un delegato delle comunità etniche che abitano lungo le rive del fiume Atrato eserciteranno la tutela legale e la rappresentanza dei diritti del fiume, diventando perciò i suoi «guardiani»³¹.

Ad esiti pressoché identici perviene nel 2018 la Corte suprema colombiana nell'accogliere un ricorso di tutela costituzionale proposto da un gruppo di bambini e ragazzi di 7 a 26

²⁷ Ossia, nel linguaggio di Amartya Sen, dalla necessità di giustizia intesa come capacità alla sostenibilità ecologica. In tema, cfr. l'approfondimento critico di T. DEMALS, A. HYARD, *Is Amartya Sen's Sustainable Freedom a Broader Vision of Sustainability?*, in *Ecological Economics*, 104, C, 2014, pp. 33–38.

²⁸ M.-A. HERMITTE, *L'intérêt d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant*, cit., p. 34.

²⁹ G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 120–121.

³⁰ Nel sistema giuridico colombiano l'azione di tutela si presenta ad un «*Juez de reparto*» che poi la assegna al giudice che la risolverà.

³¹ *Corte Constitucional*, T-622, 10/11/2016. Pur in modo incidentale, già prima in questo senso, cfr. le sentenze della stessa Corte C-632 del 2011 e T-080 del 2015.

anni per costringere lo Stato a osservare l'impegno di fermare la deforestazione nell'Amazzonia (principale causa del cambiamento climatico in Colombia)³². La S.C. «riconosce l'Amazzonia Colombiana come entità, 'soggetto di diritti', titolare della protezione, conservazione, mantenimento e ripristino a carico dello Stato e delle entità territoriali competenti»³³. Parimenti, e nel solco dei principi stabiliti dalle corti costituzionale e suprema, il Tribunale amministrativo di Boyacá ha risolto in seconda istanza un'azione di tutela costituzionale presentata da una cinquantina di abitanti insediati nella landa di Pisba (ecosistema di 105.000 ha), dichiarandola «soggetto di diritti» e designando il Ministero dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile come suo rappresentante³⁴.

Ora, per arrivare a queste soluzioni la giurisprudenza colombiana fa perno su due elementi: la formula dello Stato sociale di diritto concepita dall'Assemblea Costituente del 1991 (e implementata dalla Corte costituzionale nei suoi 25 anni di funzione) e l'introduzione del concetto di «diritti bioculturali», come espressione di una visione alternativa dei diritti collettivi delle comunità etniche in relazione al loro contesto naturale e culturale.

Sotto il primo profilo si riafferma che la difesa dell'ambiente costituisce uno scopo fondamentale dello Stato sociale colombiano e che esso si materializza nel c.d. «approccio pluralista», che infonde al rapporto fra Costituzione e ambiente un carattere dinamico e in permanente evoluzione³⁵. In tal senso, la Corte costituzionale insiste sulla nozione teorica della «*constitución ecológica*», la quale «è costituita dall'insieme di disposizioni superiori che fissano i rapporti della comunità con la natura»³⁶. Avviene così, che l'interesse superiore della biodiversità si esplicita nell'«approccio ecocentrico» cioè, «di essere consapevoli dell'interdipendenza che connette tutti gli esseri viventi sulla terra»³⁷.

Sotto il profilo dei «diritti bioculturali», come potremmo definire quei diritti di cui godono i gruppi etnici per amministrare e tutelare in modo autonomo (e secondo le proprie leggi e usi) i territori e le risorse naturali che costituiscono il loro *habitat*³⁸, si sostiene che «[gli

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4 360-2018, 05/04 /2018.

³³ Ivi, p. 45.

³⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentenza del 09/08/2018. Il fenomeno non si arresta: il Juzgado Unico Civil Municipal La Plata-Huila, ha dichiarato il fiume De La Plata «sujeto de derechos» (Acción de Tutela, n. 41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19/03/ 2019) e il Tribunal Superior de Medellín, pronunciandosi in seconda istanza (sentenza, n. 2019-076 del 17/06/2019), ha riconosciuto la soggettività del fiume Cauca e delle generazioni future. Altrettanto ha fatto il Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali – Valle del Cuenca, in merito al fiume Pance (sentenza n. 31 del 12/07/2019). A ciò si aggiunge l'ultimissima sentenza di merito del Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento Neiva-Huila che, oltre soggettivizzare le generazioni future, ha dichiarato il fiume Magdalena (principale arteria fluviale della Colombia), il suo bacino e affluente «entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida que se convierten en sujetos de derecho, surgiendo así el imperativo de protección integral por parte del Estado y la comunidad» (sentenza n. 71 del 24/10/2019).

³⁵ Sentenza T-622, cit., p. 39.

³⁶ Sentenza C-431/00, 12/04/2000.

³⁷ Sentenza T-622, cit., p. 43.

³⁸ Tema su cui rimando a S.K. BAVIKATTE, *Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, New Delhi, Oxford University Press, 2014, spec. 4 ss.

elementi centrali di questo approccio stabiliscono un legame intrinseco tra natura e cultura e la diversità della specie umana come parte della natura e manifestazione di molteplici forme di vita. In questa prospettiva, la conservazione della biodiversità porta necessariamente alla conservazione e alla protezione dei modi di vita e delle culture che interagiscono con essa³⁹. Da qui, l'esigenza di «adottare approcci olistici sulla conservazione che tengano conto della profonda relazione tra diversità biologica e culturale»⁴⁰.

3. Il soggetto natura nel diritto positivo

La tendenza in analisi (che avviene, sia pur da diverse prospettive, anche in paesi come l'Ecuador, l'Argentina, il Brasile e l'India⁴¹) non si arresta al solo profilo giurisprudenziale, ma si estende anche al diritto positivo⁴².

Lo sguardo deve anzitutto rivolgersi al diritto locale statunitense.

Dal 2006 in poi piccole comunità e città, solitamente assistite dal *Community Environmental Legal Defense Fund* (Celdf)⁴³, approvano ordinanze che riconoscono i diritti inalienabili della natura allo scopo di fermare il processo di inquinamento degli ecosistemi locali de-

³⁹ Sentenza T-622, cit., p. 47.

⁴⁰ *Ivi*, p. 141.

⁴¹ In merito si consenta il rinvio a R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, Mimesis, 2018, spec. 111 ss.; nonché all'attenta disamina offerta da S. BAGNI, *Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana*, in *Rev. Jur. Der.* [online] 2018, vol. 7, n. 9, pp. 33-53, disponibile sul sito: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200003&lng=es&nrm=iso

⁴² La bibliografia sull'argomento è ormai copiosa. Per il momento cfr. J.A. MOLINA ROA, *Derechos de la naturaleza. Historia y tendencias actuales*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2015; M. TANASESCU, *Environment, Political Representation and the Challenge of Rights. Speaking for Nature*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015; AA.VV., *Des droits pour la nature*, Paris, Les Éditions Utopia, 2016; T. LINZEY, A. CAMPBELL, *We the People. Stories from the Community Rights Movement in the United States*, Oakland, Ca., PM Press, 2016; D.R. BOYD, *The Rights of Nature. A Legal Revolution That Could Save the World*, Toronto, ECW Press, 2017, p. 102 ss.; V. DAVID, *La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 33, 2017, pp. 409-424; T. LEFORT-MARTINE, *Des droits pour la nature? L'expérience équatorienne*, Paris, Harmattan, 2018; L. ESTUPIÑÁN ACHURY et al. (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre Bogotá, 2019; P. BRUNET, *Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles en Nouvelle Zélande: un commun que s'ignore?*, in *Gior. st. cost.*, 38, II, 2019, pp. 39-53. In una prospettiva critica cfr., altresì, P. BURDON, C. WILLIAMS, *Rights of nature: A Constructive Analysis*, in D. FISHER (ed.), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2016, pp. 196-220; C.M. KAUFFMANN, L. SHEEHAN, *The Rights of Nature: Guiding Our Responsibilities through Standards*, in S.J. TURNER et al. (eds.), *Environmental Rights: The Development of Standards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 342 ss. Nella dottrina italiana il tema, con specifico riferimento all'America andina, è oggetto di studio da parte di L. PERRA, *La natura: sujeto de derechos?*, in *Juscivile*, 6, 2017, reperibile all'indirizzo: http://www.juscivile.it/contributi/2017/42_Perra.pdf; S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Napoli, E.S.I., 2017, p. 149 ss.; G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 111 ss.; S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 141 ss. Vedi anche la nostra *u.o.c.*, p. 111 ss.

⁴³ Organizzazione non governativa con sede in Pennsylvania che dal 1995 fornisce assistenza legale a governi e gruppi comunitari per promuovere i diritti della natura. Per approfondimenti sull'attività svolta in diversi contesti cfr. il volume autobiografico di T. LINZEY, A. CAMPBELL, *We the People*, cit.

rivato da discariche di rifiuti tossici e dai metodi industriali estrattivi. In questo ordine di idee è da osservare che nel 2010 il Consiglio comunale della città di Pittsburgh, sulla base degli «inalienable and fundamental rights to exist and flourish» delle comunità naturali e degli ecosistemi, adotta la prima ordinanza statunitense che vieta alle *corporations* l'attività di *fracking*, pratica inquinante e dannosa che consiste nell'iniettare ad alta pressione nel sottosuolo acqua e altre sostanze chimiche in modo da forzare l'apertura di fessure esistenti per estrarre petrolio e gas naturale dai depositi scisti. L'ordinanza diviene modello per molti comuni nonché motivo di fiorenti contenziosi che vedono contrapporsi il diritto dei cittadini alla difesa del loro territorio e quello delle società commerciali all'esercizio di attività economiche estrattive costituzionalmente garantite⁴⁴.

Questa tecnica si espande anche al rapporto tra le comunità autoctone americane e il loro contesto naturale. Consideriamo il caso del popolo nativo Yurok (California) il cui Consiglio approva nel maggio 2019 una risoluzione che dichiara il diritto del fiume Klamath «to exist, flourish, and naturally evolve; to have a clean and healthy environment free from pollutants; to have a stable climate free from human-caused climate change impacts; and to be free from contamination by genetically engineered organisms»⁴⁵. E si consideri anche la singolare risoluzione adottata dal Consiglio della White Earth Band di Ojibwe (gruppo nativo di Minnesota che fa parte del popolo Chippewa) che protegge i diritti del *manoomin*, o riso selvatico, nonché le risorse di acqua dolce e gli habitat da cui esso dipende, «to exist, flourish, regenerate, and evolve»⁴⁶.

Per quanto riguarda il profilo teorico della soggettivizzazione della natura il rinvio d'obbligo nel contesto statunitense è ad un saggio di Christopher D. Stone del 1972⁴⁷ elaborato a proposito del contenzioso nato tra *The Sierra Club Defense Fund* e lo Stato nordamericano in seguito all'autorizzazione concessa a *Walt Disney Enterprises, Inc.* per costruire una stazione sportiva invernale nella *Mineral King Valley*⁴⁸. Nello scritto Stone argomenta che tecnicamente non sussistono limiti al conferimento di diritti alla natura, visto che nel

⁴⁴ Paradigmatico, in merito, è il caso *Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township, C.A. n. 14-209, 2015 U.S. Dist. LEXIS 139921 (W.D. Pa. Oct. 14, 2015)*, riportato da D.R. BOYD, *The Rights of Nature. A Legal Revolution That Could Save the World*, cit., p. 114 ss.

⁴⁵ *Resolution Establishing the Rights of the Klamath River of the Yurok Tribal Council*, n. 19-40, 09/05/2019, disponibile sul sito: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload833.pdf>

⁴⁶ Cfr. <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload764.pdf>

⁴⁷ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 45, 1972, pp. 450-501. In merito, non può trascurarsi la simile conclusione a cui giungeva lo studioso cileno G. STUTZIN, *Un imperativo ecologico: reconocer los derechos de la naturaleza*, in *Ambiente y Desarrollo*, 1, 1984, pp. 97-114.

⁴⁸ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). Su cui converrà tener presente, *in primis*, C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*, New York, Oxford University Press, 2010, p. viii, nonché H.M. BABCOCK, *A Brook with Legal Rights: The Rights of Nature in Court*, in *Ecology Law Quarterly*, 43, 2016, pp. 1-51, spec. 7 ss.

diritto statunitense altre entità non umane, quali navi e società, godono già della titolarità di diritti⁴⁹.

In tal senso è bene precisare che per lo storico, il canonista o il processualista l'attribuzione di soggettività ad entità non umane è un fenomeno che non meraviglia. Invero, da sempre lo studioso del diritto crea "finzioni" per risolvere i problemi che mettono alla prova la loro abilità di «denaturalizzare giuridicamente il mondo»⁵⁰. Da questa prospettiva, può dirsi che, tradizionalmente, quando nel diritto non si rinviene un soggetto singolo, indivisibile, al quale attribuire una situazione giuridica, il giurista usa inventarlo⁵¹.

Queste considerazioni giovano a comprendere meglio la soluzione "operativa" o "funzionale" proposta da Stone. Il problema della legittimazione dell'organizzazione ecologista per agire nell'interesse della natura si risolve attribuendo «legal rights to forest, oceans, rivers, and other so-called 'natural objects' in the environment—indeed, to the natural environment as a whole»⁵². Mentre il quesito procedurale per attuare tali diritti si supera attraverso la nomina di «guardians», ossia di tutori della natura che ne garantirebbero gli interessi⁵³.

Ora, al di là delle esperienze locali statunitensi, l'esito più considerevole di questa teorizzazione lo si trova nel – notissimo – disposto di cui all'art. 71 della Costituzione ecuadoriana del 2008. La natura o *Pacha Mama*, recita la norma, ha il diritto di «esistere, persistere, mantenersi, rigenerarsi attraverso i propri cicli vitali, la propria struttura, le proprie funzioni e i propri processi evolutivi»⁵⁴.

⁴⁹ Infatti, il tema si incrocia con l'abilità dei giudici americani che, nella prima metà dell'Ottocento, personificano le "navi" allo scopo di punire (e risarcire) le elusioni di responsabilità in caso di violazioni delle leggi marittime e sull'embargo. Sul punto, e per i necessari rinvii bibliografici, vedi R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit., p. 91. Per quanto riguarda invece la storia della progressiva antropomorfizzazione delle *corporations* negli Stati Uniti può consultarsi la penetrante ricostruzione di A. WINKLER, *We the Corporations. How Americans Businesses Won Their Civil Rights*, New York-London, Liveright, 2018.

⁵⁰ Y. THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in Id., *Les opérations du droit*, Paris, Seuil, 2011, p. 155; M.-A. HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, in P. DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, «Collège de France», 2018, p. 257 ss. Cfr., altresì, D. LIND, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, in M. DEL MAR, W. TWINING (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Cham, Springer, 2015, pp. 83–109, spec. p. 106.

⁵¹ Così A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it a cura di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1990, pp. 170–171.

⁵² C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, cit., p. 456.

⁵³ *Ivi*, pp. 464–465. Benché gli argomenti del Sierra Club (e di Stone) vengano respinti dalla Corte (la quale ritiene l'attore non «adversely affected» per non aver dimostrato il danno diretto che la costruzione dello *ski resort* recherebbe allo stesso Club o a i suoi membri), due giudici si dichiarano favorevoli alla tesi di «imaginative expansion» della legittimazione processuale proposta nella *dissenting opinion* del giudice William O. Douglas (noto per la sua dedizione alla causa ecologica) che in questi termini aderiva alla tesi di Stone: «Contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation [...] The river, for example, [...] as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water – whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger – must be able to speak for the values which the river represents, and which are threatened with destruction [...] those who have that intimate relation with the inanimate object about to be injured, polluted, or otherwise despoiled are its legitimate spokesmen». Cfr. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 743, 745 (1972).

⁵⁴ V. anche artt. 72, 73, 83 n. 6, 395 n. 4, 396, 397, 405.

Non si creda, però, che siamo di fronte ad un mero trapianto a-critico di una nozione estranea alla tradizione ecuadoriana. In realtà, la disposizione riflette la convergenza (o ibridazione) tra l'istanza ecologica, di origine occidentale, e la cosmo-visione autoctona o tradizionale del rapporto uomo-natura⁵⁵.

Quanto al primo aspetto, si deve tener presente che le disastrose conseguenze cagionate dall'estrazione industriale di olio alla foresta pluviale amazzonica⁵⁶ sono state tra i principali argomenti utilizzati da attivisti e associazioni ecologiste in seno dell'Assemblea costituente per conseguire una protezione più radicale della natura, soggettivandola. A tale scopo, il supporto sul campo del *Community Environmental Legal Defense Fund*, nonché dell'organizzazione ecuadoriana *Acción Ecológica*, si rivela essenziale nella fase di redazione della bozza del testo in questione⁵⁷.

In relazione, invece, all'influsso della componente autoctona è di particolare importanza segnalare che la tecnica che soggettivizza la natura rispecchia un aspetto dell'etica andina fondativo del rapporto fra uomo e natura in termini olistici, ossia in linea con una filosofia originaria che intende l'uomo come parte intrinseca della *pacha* (mondo-cosmo-tempo). In questo senso, la comprensione dei diritti della natura non può separarsi della logica ancestrale del *sumak kawsay*, del «buen vivir», della pienezza della vita, nozione complessa che contrasta radicalmente con la modalità di vita dettata dal capitalismo globale e che impernia la nozione di sviluppo e il soddisfacimento dei diritti umani sui principi dell'integralità, dell'interdipendenza e dell'indivisibilità tra l'uomo e il suo intorno⁵⁸.

Può dunque notarsi che il riconoscimento della natura come soggetto di diritto nell'ordinamento ecuadoriano è un fenomeno interculturale che raggruppa nozioni giuridiche occidentali e cosmologie indigene millenarie per dare una risposta alternativa alla crisi ecologica attraverso uno strumento di tutela che rifiuta i meccanismi convenzionali del diritto ambientale.

⁵⁵ Rimando, al riguardo, alle mie prime notazioni in *Le avventure del soggetto*, cit., p. 137 ss.

⁵⁶ Da cui il noto contenzioso fra le comunità indigene della provincia di Orellana e Sucumbíos e la *Chevron corporation*.

⁵⁷ D.R. BOYD, *The Rights of Nature. A Legal Revolution That Could Save the World*, cit., pp. 170–171; T. LINZEY, A. CAMPBELL, *We the People. Stories from the Community Rights Movement in the United States*, cit., p. 113; e più dettagliatamente M. TANASESCU, *Environment, Political Representation and the Challenge of Rights. Speaking for Nature*, cit., pp. 97–99.

⁵⁸ D. MURCIA, *El sujeto naturaleza. Elementos para su comprensión*, in A. ACOSTA, E. MARTÍNEZ (comp.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 295. Il principio del *buen vivir* è ripetuto in diversi passaggi del testo costituzionale. Cfr., per esempio, artt. 275, 277.

Il modello ecuadoriano influenza i Paesi vicini. Analoghe disposizioni si adottano in Bolivia⁵⁹, in Messico⁶⁰ e in Brasile⁶¹. In Uganda, intanto, la recente legge sull'ambiente richiama l'art. 71 della Costituzione ecuadoriana⁶². Mentre, in Nuova Zelanda, il riconoscimento legislativo del rapporto «sacro» e «di parentela» fra i gruppi indigeni e gli elementi della natura si concretizza nella trasformazione del parco nazionale *Te Urewera* in «a legal entity», con tutti i «rights, powers, duties, and liabilities of a legal person»⁶³. A ciò si aggiunge la legge *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill*⁶⁴, la quale, facendo seguito ad uno storico accordo fra lo Stato neozelandese e la comunità indigena iwi Whanganui – il *Ruruku Whakatupua* del 2012 – riconosce al fiume *Te Awa Tupua* (nome dato al fiume Whanganui dai maori) lo *status* di «legal person», in ragione della sua unione mistica con i gruppi indigeni stabiliti lungo il suo corso⁶⁵.

4. Il passaggio civilistico: la responsabilità per il “pregiudizio ecologico puro” nell’esperienza francese

La terza e ultima esperienza che preme in questa sede individuare.

Giunge dalla Francia e ha la sua radice nel risarcimento del «pregiudizio ecologico puro» dichiarato dalla Corte d'Appello Parigi il 30 marzo 2010. La causa è promossa da una trentina di soggetti (fra associazioni ambientaliste, sindacati, comuni ed enti territoriali francesi) in seguito al naufragio della petroliera maltese Erika al largo della costa Bretone nel dicembre 1999.

Il danno ecologico viene definito dalla Corte come «toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les

⁵⁹ *Ley n. 071 de Derechos de la Madre Tierra*, 21/12/2010 e *Ley n. 300 Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, 15/11/2012.

⁶⁰ Mediante dichiarazioni reperibili nelle costituzioni dello Stato di Guerrero (art. 2, ai sensi della riforma datata 01/04/2014), di Città del Messico (art. 18, approvato dal *plenum* dell'Assemblea Costituente nella sessione dell'11/11/2017) e di Colima (art. 2, 16, in seguito alla riforma approvata dal Congresso dello stesso Stato del 16/06/2019).

⁶¹ Modifica alla legge organica del comune di Paudalho (Stato di Pernambuco) /02/05/2018. Vedi inoltre l'informazione riepilogata sul sito: <http://harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>.

⁶² Cfr. art. 4 della *National Environment Act*, 20/02/2019.

⁶³ *Te Urewera Act 2014*, disponibile sul sito: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/DLM6183705.html>.

⁶⁴ 14/03/2017, *Royal Assent* del 20/03/2017.

⁶⁵ Per un inquadramento generale della tematica cfr. C. FINLAYSON, *A River is Born: New Zealand Confers Legal Personhood on the Whanganui River to Protect It and Its Native People*, in C. LA FOLLETTE, C. MASER (eds.), *Sustainability and the Rights of Nature in Practice*, Boca Raton-London-New York, CRC Press, 2019.

paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est *sans répercussions sur un intérêt humain particulier* mais affecte un *intérêt collectif légitime*⁶⁶. La creazione giurisprudenziale – oggi recepita nel *Code civil* per via di una legge del 2016⁶⁷ – è pregevole: si consente la riparazione del pregiudizio detto «oggettivo», cioè il pregiudizio cagionato agli elementi o alle funzioni degli ecosistemi, il quale può prescindere da una ripercussione su un interesse umano particolare, ivi compreso quello dei soggetti che perseguono la sua riparazione in giustizia⁶⁸.

In questo modo, non solo il pregiudizio personale, soggettivo, è coinvolto nei casi di attentati alla biodiversità o ai «servizi ecologici»: all'interesse collettivo, all'interesse privato, si aggiunge l'interesse proprio e autonomo dell'ambiente⁶⁹. Ne consegue, per esemplificare, che un'associazione ambientalista può esercitare tre azioni separate in base ai diversi obiettivi perseguiti: l'azione a difesa degli interessi collettivi che difende, l'azione di gruppo ambientale e l'azione per la riparazione del danno ecologico⁷⁰.

Dalla prospettiva dei soggetti coinvolti la soluzione proposta non è estranea al civilista: la separazione della vittima dalla persona dell'attore è tecnica ben nota nella responsabilità civile⁷¹. Resta però da chiarire se trascinando la natura alla condizione di «vittima» si possa parlare di una soggettività giuridica pur graduata.

Alla domanda la civilista d'oltralpe risponde in senso negativo: il danno cagionato all'ambiente (compreso il clima) è danno cagionato ad una «cosa comune» (art. 714 *Code civil*), ad una cosa appartenente al «patrimonio comune degli esseri umani» (art. 2 *Charte de*

⁶⁶ Così *CA Paris (11e ch. corr.)*, 30/03/2010, n. 08/02278, p. 427, confermata dalla *Cass. Crim.* con la sentenza n. 10-82.938 del 25/09/2012. Corsivo nostro. La Corte di cassazione francese ha avuto modo di ribadire questa nozione nel contenzioso sorto a causa dell'inquinamento di un estuario della Loira dovuto ad una perdita di idrocarburi. Cfr. *Cass. crim.* n. 13-87.650 del 22/03/2016.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 1247 c.c. nel nuovo testo fissato dalla legge n. 2016-1087 *pour la reconquête de la nature, de la biodiversité et des paysages*, 08/08/16: «Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement».

⁶⁸ Come affermano Eve Truilhé-Marengo e Mathilde Hautereau-Boutonnet, «[p]our ces personnes, il ne s'agit plus de se constituer partie civile pour obtenir, en sus de la sanction pénale, des dommages intérêts réparant l'atteinte aux intérêts qu'elles défendent, mais d'agir en responsabilité devant le juge pour obtenir réparation du préjudice causé à l'environnement». E. TRUILHÉ-MARENGO, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le procès environnemental: Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement* [Rapport de recherche], Mission de recherche Droit et Justice, 2019, p. 54, disponibile sul sito: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02143713/document>

⁶⁹ Sul punto vedi M.-A. HERMITTE, *Nature (sujet de droit)*, in D. BOURG, A. PAPAUX, (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris, PUF, 2015, p. 688 ss.; M. DEFFAIRI, *L'environnement: objet du droit, objet de droit (s)?*, cit., p. 250; P. MILON, *Droit de l'environnement, moteur d'une révolution juridique. Pour un droit mineur*, in D. MISONNE (dir.), *À quoi sert le droit de l'environnement? Réalité et spécificité de son apport au droit et à la société*, Bruxelles, Bruylant, 2019, spec. 164.

⁷⁰ E. TRUILHÉ-MARENGO, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le procès environnemental*, cit., p. 55.

⁷¹ Va sottolineato che l'amplia la legittimazione attiva introdotta dal nuovo art. 1248 del *Code civil* consente di affermare l'esistenza di una vera e propria azione di classe in materia ambientale: «L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement».

l'environnement)⁷², ad un «oggetto naturale», ad un «intérêt digne de protection»⁷³ o ancora ad un oggetto «sacre» con riguardo al quale v'è «un devoir de protection transgénérationnel»⁷⁴. Eppure un dato è a nostro avviso incontestabile: la natura risulta alzata di un grado.

Invero, l'attribuzione di un valore intrinseco, di un interesse proprio, autonomo in capo ad essa implica un cambiamento del suo status giuridico, con la conseguenza – volendo riecheggiare quanto ha suggerito Carbonnier in merito allo status dell'animale “essere senziente” – di farla «uscire assolutamente dalla condizione di cosa, di non soggetto di diritto»⁷⁵.

Non si può perciò trascurare l'opinione (pur minoritaria) di chi ritiene che la condizione della natura “vittima” permetterebbe di affermare l'avvio di uno *status* «di transito», «di passaggio» verso la soggettivizzazione giuridica⁷⁶. In effetti, se è vero che oggi nel diritto francese la natura non può agire per sé stessa (presupposto primario della soggettività), è altrettanto innegabile che l'introduzione del «danno ecologico puro» consente di constatare altre due elementi tipicamente caratterizzanti di soggettività giuridica: che i danni cagionati ad un'entità siano tenuti in conto (che abbia cioè dei pregiudizi propri) e che la stessa sia beneficiaria dei rimedi disposti dalla giustizia. Da questa prospettiva è facile desumere che la soggettivizzazione sarebbe già in atto⁷⁷.

⁷² In effetti, i giudici della Corte di appello parigina fondano la loro decisione, fra le altre disposizioni, sull'art. L. 110 del *Code de l'environnement* ai sensi del quale: «Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage».

⁷³ Vedi L. NEYRET, *La consécration du préjudice écologique dans le Code civil*, in *Dalloz*, 2017, p. 924, spec. 927; ora in ID., *Comment construire la responsabilité juridique*, in A. SUPLOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, p. 125; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature?*, in *Dalloz*, 2017, p. 1040; B. PARANCE, *Préjudice écologique (approche juridique)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, cit., p. 939 ss.; G. MARTIN, *L'arbre peut-il être une victime?*, in M. CLEMENT, G. MARTIN, Ch. TIMMERMANS, *Le livre blanc «Le droit prend-il vraiment en compte l'environnement?»*, Le Collège Supérieur Lyon, 2018 (disponibile sul sito: <https://www.collegesuperieur.com/les-livres-blancs/livre-blanc-le-droit-prend-il-vraiment-en-compte-lenvironnement-934.html>). Vedi inoltre, da ultimo, J. ROCHFELD, *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Paris, Odile Jacob, 2019, p. 63 ss.; J. BETAÏLE, *Des droits pour pour la nature, un nouveau mirage juridique*, in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *L'arbre, l'homme & le(s) droit(s), ouvrage célébrant le 65e anniversaire de la parution de L'homme qui plantait des arbres de Jean Giono, réalisé en hommage au professeur Jean-Claude Touzeil, Revue méditerranéenne de droit public*, X, 2019, p. 77 ss., spec. 83. Circa il corrente dibattito sulla categoria dei *commons* nel diritto ambientale francese vedi J. MAKOWIAK, S. JOLIVET (dir.), *Les biens communs environnementaux: quel(s) statut(s) juridique(s)?*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2017.

⁷⁴ A. GAILLIARD, *Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personification)*, in *Dalloz*, 2018, p. 2422.

⁷⁵ J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 173.

⁷⁶ Vedi, in questo senso, P. MILON, *Droit de l'environnement, moteur d'une révolution juridique*, cit., pp. 164–165; M. TOUZEIL-DIVINA, *L'Arbre, l'Homme & le(s) Droit(s)*, in ID. (dir.), *L'arbre, l'homme & le(s) droit(s)*, cit., p. 11 ss., spec. 56.

⁷⁷ Sono le considerazioni di C. LARRÈRE, *Préface*, in C. STONE, *Les Arbres doivent-ils pouvoir plaider Les arbres doivent-ils pouvoir plaider? Vers la reconnaissance de droits juridiques aux objets naturels*, Paris, Le Passager clandestin, 2017, p. 29. In senso contrario cfr. l'opinione di G. MARTIN, *L'arbre peut-il être une victime?*, cit., secondo il quale gli strumenti che consegna il diritto ambientale e civile consentono di tutelare la natura senza bisogno di ricorrere alla finzione della soggettività. A dire il vero però, il passaggio della soggettivizzazione si è già compiuto nel territorio francese. Il *Code de l'environnement de la Province des îles Loyauté* (Nuova Caledonia) del 2016 sulla base della relazione speciale del

Come che sia – natura soggetto di diritto, oggetto di tutela o puro «centro di interessi»⁷⁸ – ciò che giova rilevare è che il riconoscimento del «danno ecologico oggettivo» nell’ordinamento francese rappresenta una pietra miliare nell’allargamento della comunità degli interessi e della giustizia nello scenario giusprivatistico.

Invero, se la natura viene protetta per ciò che è piuttosto che per ciò che produce a seguito dei suoi rapporti con gli uomini, essa si separa dai presupposti antropocentrici che collegano la nozione di danno alla violazione dei diritti umani. Siamo, perciò, di fronte ad un’altra forma di fare giustizia: giustizia che afferma la sopravvivenza delle specie e degli ecosistemi; giustizia imperniata sul ripristino degli stessi e dei loro cicli; giustizia volta a riconoscere il valore intrinseco, non strumentale, della biodiversità; “giustizia ecologica”, potremmo dire.

5. Osservazioni conclusive

Il discorso fin qui svolto consente di giungere ad alcune conclusioni di ordine teorico.

Un dato, ormai scontato, accomuna le esperienze a confronto: l’interesse di preservazione delle entità naturali risulta elevato ad un rango superiore; esso viene tutelato oggettivamente.

Il risultato di questa tendenza è altrettanto indiscusso: collocando il valore intrinseco della natura e dei suoi singoli componenti al centro dell’attenzione, giudici, legislatori e dottrina allargano la comunità della giustizia. Per dirla con le parole di Giuseppe De Marzo, «[i] concetti di equità sociale, giustizia ambientale ed ecologica vengono articolati in maniera plurale considerando distribuzione, riconoscimento, partecipazione, capacità e funzionamento, come elementi irrinunciabili per arrivare a una giusta sostenibilità», sicché «nessun elemento viene tralasciato, né si impone sugli altri»⁷⁹.

Così, in un processo che si dirama nella soggettivizzazione, nel riconoscimento di un centro di interessi autonomo o nella normatività ecologica che prende in considerazione l’“interazione” uomo/natura⁸⁰, si transita verso l’inclusione dell’insieme di esseri viventi nella sfera delle entità meritevoli di considerazione etica e giuridica.

popolo canaco con la natura e del “principio unitario di vita” secondo cui «l’homme appartient à l’environnement naturel qui l’entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel», dispone che «certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres». Cfr. Préambule e art. L. 110-3 du *Code de l’environnement de la province des îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie)*.

⁷⁸ Nell’espressione sviluppata da G. FARJAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d’intérêts (prologomènes pour une recherche)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2, 2002, pp. 221–245.

⁷⁹ G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 160.

⁸⁰ Consideriamo, ad esempio, la disciplina della tutela ambientale istituita dalle direttive 92/43/CEE (c.d. “direttiva Habitat”) e 79/409/CEE (riguardante la conservazione degli uccelli selvatici) e diffuse attraverso la costituzione di «Zone speciali di conservazione» (ZSC, denominata «Natura 2000») e «Zone di protezione speciale» (ZPS). Su cui, per un primo

In questa luce, preme rilevare che l'adozione di un quadro teorico basato sui limiti della concezione puramente utilitarista della natura, sul passaggio dalla visione dell'ambiente "oggetto" all'ambiente "sistema" e sulla "cooperazione" o "simbiosi" tra l'uomo e gli ecosistemi⁸¹, incrina le fondamenta e il contenuto della divisione fra persone e cose e del riduzionismo giuridico di ispirazione capitalistica che hanno operato l'oggettivizzazione della vita esterna al *dominus* nella giuridicità occidentale⁸².

Di qui si evince la nascita di una radicale riformulazione circa il modo di inquadrare l'«interrelazione» che lega l'uomo all'ambiente⁸³: se l'uomo non è più la misura di tutte le cose e se «[l]es rôles de tous les anciens personnages de la pièce sont en train d'être redistribués»⁸⁴, questa nuova tappa nella giuridificazione della natura⁸⁵ – oggetto, come abbiamo visto, di processi di «animismo giuridico» di stampo indigenista, mistico/religioso o scientifico⁸⁶ – offre la preziosa opportunità di aprire l'umanesimo (e non l'antropocentrismo) all'interdipendenza con il vivente non umano per realizzare la «solidarietà ecologica»⁸⁷ o «planetaria»⁸⁸.

Si tratta, allora, di strutturare un principio rispetto al quale la giustizia ecologica ha la funzione di istituzionalizzare, mediante la creazione di soluzioni che affermino la dignità del vivente⁸⁹, le condizioni culturali propizie allo sviluppo di condotte di "mutuo soccorso"; condotte cioè che considerino la solidarietà e la democrazia in una dimensione atta a rinnovare la comunione solidale che deve intercorrere fra le diverse entità all'interno del creato.

sguardo, cfr. A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, Giuffrè, 2014, p. 737 ss.

⁸¹ Poetiche ma altrettanto tecniche le notazioni in proposito di S. MANCUSO, *La nazione delle piante*, Roma-Bari, Laterza, 2019, spec. 127 ss. Vedi anche G. DE MARZO, *Per amore della terra*, cit., p. 15 ss.

⁸² Cfr., al riguardo, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le aventure del soggetto*, cit., p. 15 ss.

⁸³ Sulle modalità con cui viene istituita tale interrelazione vedi, da ultimo, J. ROCHFELD, *Justice pour le climat!*, cit., p. 163 ss. Le tecniche e alternative di "normatività ecologica" sono riepilogate dall'esautiva disamina di M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, Torino, 1996, p. 289 ss.

⁸⁴ B. LATOUR, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, 2015, p. 146.

⁸⁵ In tema, il rinvio obbligato è alle illuminanti riflessioni di Y. THOMAS, *L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome*, in Id., *Les opérations du droit*, cit., pp. 21-40.

⁸⁶ M.-A. HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, cit., p. 265 ss.

⁸⁷ Nozione introdotta in Francia dalla legge di riforma dei parchi nazionali (n. 436 del 14/04/2006) e ribadita nei seguenti termini dalla citata legge *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (come leggiamo nel nuovo testo dell'art. 110-1 comma 2, n. 6 del *Code de l'environnement*): «Le principe de solidarité écologique, qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés».

⁸⁸ Nella proposta di M. DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Paris, Bouchet-Castel, 2019, p. 18 e 90.

⁸⁹ Cfr., in merito alla dignità non umana, le belle riflessioni di chiusura di C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, Leo S. Olshki, 2019, p. 113 ss. Vedi anche V. MARIS, *Philosophie de la biodiversité. Petite éthique pour une nature en péril*, Paris, Libella, 2016, spec. 185 ss.

Questa notazione prospetta il bisogno di ripensare la “cittadinanza attiva” nel nuovo articolarsi dello Stato sociale, ambito in cui la connessione tra solidarietà e partecipazione diviene essenziale⁹⁰. In tal senso, si coglie la rilevanza che acquistano la “società civile” (associazioni, ONG, fondazioni ambientaliste, attori economici “verdi”, cittadini ecc.) e i movimenti ambientali nelle vesti di vettori di giustizia ecologica⁹¹. Portando alla luce diversi punti di vista essi divengono attori nel processo di creazione di diritto sostanziale e di espansione del paradigma della giustizia.

Nell’esperienza colombiana e francese soggetti diffusi (comunità rivierasche indigene e contadine, gruppi di bambini e di giovani, insiemi di enti territoriali e associazioni ambientaliste, ecc.), attraverso il ricorso a innovativi strumenti giuridici, agiscono in nome e per conto degli elementi della natura; detto altrimenti, soggetti “intermedi” (o se si vuole portavoce dei c.d. diritti «trans-soggettivi»⁹²) rivendicano una loro legittimazione attiva in forza dell’interesse comune condiviso⁹³. Da ciò consegue che la c.d. “*strategic litigation*”, ossia il metodo che ricorre ad azioni giudiziarie, promosse da singoli cittadini, da movimenti sociali, da gruppi di interesse e/o pressione con l’obiettivo di creare cambiamenti rilevanti in una società, assume un ruolo di particolare importanza, in quanto momento formale di rivendicazione istituzionale dei diritti che «diviene potenzialmente idonea a smuovere l’ordine politico e giuridico»⁹⁴. Tramite queste pratiche, il diritto, rimesso all’iniziativa di un soggetto diffuso, necessariamente plurale⁹⁵, diventa «uno strumento nelle mani dei singoli cittadini per tutelare loro specifici interessi, per garantire elasticità all’ordinamento

⁹⁰ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 36 e 97 ss. Persino banale, al riguardo, il rinvio alle notazioni di S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2012 e di A. DOBSON, *Citizenship and the Environment*, New York, Oxford University Press, 2003.

⁹¹ Vedi, in proposito, A. POMADE, *La société civile et le droit de l’environnement: contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 135 ss.; U. MATTEI, F. CAPRA, *The Ecology of the Law. Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berrett-Koehler, 2015, p. 183 ss. Sul ruolo della mobilitazione della società civile innanzi ai tribunali rimando a due ultimissimi pubblicazioni: J. ROCHFELD, *Justice pour le climat!*, cit. p. 43 ss.; N. ROGERS, *Law, Fiction and Activism in a Time of Climate Change*, Abingdon-New York, Routledge, 2020.

⁹² Cioè, nelle parole di Pasquale Femia, di valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore. P. FEMIA, *Il civile senso dell’autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 25, 1, 2019, p. 9.

⁹³ Si badi che il fenomeno è assai simile ad un’altra forma di soggettività “atipica” o “evenemenziale”, quella della *class action*, laddove il soggetto «esiste nel momento della rivendicazione e dell’istanza, e scompare, oppure si trasforma, con l’esaurirsi dell’azione stessa». M. SPANÒ, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, spec. 143–144.

⁹⁴ A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 132. Per misurare la rilevanza che acquista oggi il “litigio climatico” nelle politiche pubbliche cfr. J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*, London, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, reperibile all’indirizzo: http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2019/07/GRI_Global-trends-in-climate-change-litigation-2019-snapshot-2.pdf

⁹⁵ Superfluo, a questo riguardo, ricordare le riflessioni di Cesarini Sforza sulle «organizzazioni allo stato diffuso». W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati. A cura e con un saggio di Michele Spanò*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 37 ss.

giuridico (rendendolo così espressione delle reali esigenze sociali) anche tramite il riconoscimento di nuovi diritti»⁹⁶.

Viviamo un processo di progressiva istituzionalizzazione di una nascente giustizia ecologica⁹⁷, un processo che mira a raggiungere l'equilibrio dei sistemi ecologici, garantendo il diritto del *vivente* sulla base del criterio della solidarietà tra le generazioni e tra le varie specie.

In questo stadio, indice di una «nuova antropologia della convivenza»⁹⁸, la tutela della natura è posta al pari della protezione degli esseri umani; né ad un livello inferiore, né confusa con essa, con la logica conseguenza di pluralizzare e “de-antropocentrizzare” la nozione di giustizia. Si avvia così un dialogo interdisciplinare e interculturale che mette in contatto l’“umanesimo” con l’“animismo” di chi professa, dalle più svariate angolazioni, che il dualismo umano-non umano (cultura/natura) debba dare luogo a una simbiosi fra umanità e natura.

Dare voce al valore intrinseco dell'ambiente mediante le tecniche giuridiche che operano tale dichiarazione significa attenuare l'opposizione fra soggetti e oggetti, fra natura interna (umana) ed esterna (non umana); significa elaborare un antidoto contro gli eccessi della concezione reificante, riduttiva e utilitarista della natura; significa sottrarre determinati beni al mercato onde evitare disuguaglianze⁹⁹.

Riecheggiando quanto afferma oggi Judith Rochfeld, può dirsi che le pratiche di giustizia ecologica segnano la fine di certe cose, di quelle cose che non possono essere più considerate mere merci funzionali a sostenere l'ascesa del capitalismo e la necessaria astrazione richiesta dalla loro circolazione¹⁰⁰.

⁹⁶ A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy*, cit., p. 128.

⁹⁷ Fenomeno al quale oggi la dottrina ambientalista brasiliana riserva l'espressione di “Stato di diritto ecologico”, F.F. DINNEBIER, J.R. MORATO (orgs.), *Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*, São Paulo, Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

⁹⁸ M.-A. HERMITTE, *La nature, sujet de droit?*, in *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 66, 1, 2011, pp. 173–212, spec. 202.

⁹⁹ Particolarmente significativa, a questo riguardo, la proposta teorica di D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

¹⁰⁰ J. ROCHFELD, *Justice pour le climat!*, cit. p. 182.

La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato*

Giulio M. Salerno**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulle materie di rilievo ambientale nel regionalismo differenziato. – 2. In particolare, la “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”. – 3. I rischi ed il contesto. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive sulle materie di rilievo ambientale nel regionalismo differenziato

È interessante osservare che la tematica ambientale è considerata in tutte le procedure di regionalismo differenziato che sono in corso di svolgimento, seppure con diversa velocità, nella presente legislatura¹. A tal proposito, attualmente ben dieci Regioni a statuto ordinario hanno ufficialmente dichiarato la volontà di acquisire ulteriori competenze sulla base del regionalismo differenziato, e dunque anche nuovi compiti e funzioni in materia ambientale. Più esattamente, come noto, sin dalla scorsa XVII legislatura Lombardia, Veneto

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente scritto rielabora la relazione tenuta dall'Autore ad Alessandria il 10 maggio 2019, in occasione dell'XI Settimana di studi sulle autonomie locali, dedicata a “Regioni, enti locali e ambiente” e promossa dal Dottorato di ricerca in Autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza dell'Università del Piemonte Orientale.

** Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Macerata, giulio.salerno@unimc.it.

¹ Come noto, tentativi di dare attuazione al regionalismo differenziato erano stati avviati in passato, a partire dal 2003, dalle Regioni Toscana, Lombardia, Veneto e Piemonte, e le tre ultime Regioni adesso citate avevano fatto ufficiale richiesta di avvio delle trattative al Governo, ma tali richieste non avevano avuto seguito, forse anche per incertezze di ordine procedurale; l'attuazione del regionalismo differenziato è poi sembrata sbloccarsi nella XVII legislatura, seppure senza giungere ad esiti conclusivi, per poi divenire uno dei punti del “contratto di governo” posto a base della maggioranza parlamentare costituitasi all'inizio della presente XVIII legislatura.

e Emilia-Romagna hanno avviato le trattative con il Governo, e, dopo la formalizzazione di appositi accordi preliminari², le relative intese sono giunte in uno stato piuttosto avanzato di elaborazione, ma non sono state ancora stipulate, ed anzi sono emersi alcuni ostacoli tecnici e politici di non poco conto³. Altre sette Regioni⁴, poi, hanno conferito alla rispettiva Giunta il mandato per avviare i negoziati con il Governo al fine di dare attuazione a quanto previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost., e le trattative per la definizione delle relative intese appaiono ancora in una fase iniziale.

Insomma, se ancora è piuttosto incerto l'esito di questi molteplici e distinti - sia nella tempistica, che nel contenuto - tentativi di attuazione del regionalismo differenziato, la questione concernente l'assegnazione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" in relazione all'ambiente, comporta senz'altro una prospettiva sulla quale occorre riflettere con una qualche attenzione. Non solo per il forte impatto che tale prospettiva di differenziazione territoriale del rapporto competenziale tra Stato e Regioni, avrebbe sull'assetto delle nostre istituzioni repubblicane, ma anche per gli eventuali effetti che ne potrebbero derivare sul conseguente moltiplicarsi, ed anzi sul probabile frazionamento, delle future politiche pubbliche concernenti un complesso di interessi, principi e valori che sono essenziali per la vita di ciascun individuo e dell'intera nostra collettività, presente e futura, e che si riferiscono, nel loro complesso, al bene "ambiente".

Invero, in questa sede non dovrebbe parlarsi genericamente di "materia ambientale" ovvero, ancor più sommariamente e semplicisticamente, di "ambiente" *tout court*; viceversa, più correttamente, dovrebbe parlarsi di regionalismo differenziato applicabile alle "materie ambientali" ovvero alle "materie di rilievo ambientale".

Infatti, come noto, nell'articolato intrecciarsi delle competenze legislative tra Stato e Regioni, come risultanti dal quadro costituzionale modificato nel 2001, da un lato sussiste la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema

² Tali accordi "preliminari", stipulati il 28 febbraio 2018 e sottoscritti dal rappresentante del Governo e dal Presidente della regione interessata, davano atto del percorso intrapreso e della convergenza su alcuni principi generali, anche di carattere metodologica, ed indicavano un primo elenco di materie in vista della definizione dell'intesa per l'attribuzione dell'autonomia differenziata. All'interno di tali materie, va qui segnalato, vi erano in tutti e tre gli accordi preliminari anche quelle di rilievo ambientale.

³ Alla data in cui si è preparato tale contributo, il procedimento di approvazione delle bozze di intese relative a Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, appare essersi arrestato in quanto, anche a seguito di alcune osservazioni formulate in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dal Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi, non si è ancora giunta ad una sintesi politica tra le forze di maggioranza e dunque in sede di Consiglio dei Ministri non si è pervenuti ad una decisione conclusiva sul merito delle bozze di intese sinora formulate.

⁴ Si tratta, per la precisione, delle Regioni Campania, Lazio, Liguria, Marche, Piemonte, Toscana Umbria, come risulta dal Dossier n. 45, luglio 2018, XVIII legislatura, del Servizio Studi del Senato, "*Verso un regionalismo differenziato: le Regioni che non hanno sottoscritto accordi preliminari con il Governo*", in specie pp. 13 ss. In tutti gli atti regionali di conferimento dell'incarico alla Giunta, vi è, per quanto qui di interesse, anche l'indicazione delle materie di rilievo ambientale. Alla data attuale, per quanto riguarda le altre Regioni, Basilicata, Calabria e Puglia hanno assunto iniziative preliminari, talora anche consistenti nell'approvazione di atti di indirizzo, ma non hanno proceduto alla formale approvazione del mandato alla Giunta per avviare le trattative con il Governo. Infine, in Abruzzo e in Molise non sono stati ancora approvati passi formali in ordine alla procedura ex art.116, terzo comma, della Costituzione.

e dei beni culturali”, ai sensi dell’art.117, secondo comma, lett. s), Cost.: dall’altro lato, è prevista la potestà legislativa concorrente delle Regioni – e dunque nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato - in materia di “governo del territorio” e di “valorizzazione dei beni (...) ambientali” (art.117, terzo comma, Cost.), oltre che su numerosi ambiti più o meno direttamente collegati all’ambiente, come la “ricerca scientifica e tecnologica”, la “tutela della salute”, l’ “alimentazione”, la “protezione civile”, “porti e aeroporti civili”, “grandi reti di trasporto e di navigazione”, “ordinamento della comunicazione”, e “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”. Infine, i restanti aspetti, interessi, comportamenti o fenomeni ricadenti sull’ambiente, ma che non rientrano espressamente tra le predette competenze né vi sono sussumibili in via interpretativa, spettano alle Regioni in quanto sono oggetto della competenza residuale che è prevista in via generale dall’art. 117, comma 4, Cost.

Pertanto, per quanto concerne la sfera ambientale complessivamente intesa, poiché l’autonomia differenziata prevista dall’art.116, terzo comma, Cost. consente l’attribuzione alle Regioni di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” riguardo a tutte le materie di competenze concorrente e a talune materie di competenza esclusiva statale espressamente indicate nello stesso art. 116, terzo comma, Cost., il quale, per quanto qui interessa, rinvia anche all’art. 117, comma 2, lettera s), ne risulta che le materie di rilievo ambientale per così dire differenziabili sono le seguenti: in primo luogo, le molteplici materie di competenza concorrente nelle quali sono affrontate anche questioni di carattere ambientale, e tra queste spiccano innanzitutto le materie del “governo del territorio” e della “valorizzazione dei beni ambientali”; in secondo luogo, le materie di competenza esclusiva statale relative alla “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”.

Va aggiunto che, anche in relazione a tutte le predette materie di rilievo ambientale, mediante il regionalismo differenziato si può intervenire non solo sulla ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ma anche sulla titolarità delle relative competenze sia di ordine regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.), che amministrativo (art. 118, comma 3, Cost.). Attualmente, come ribadito dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia (vedi la sent. n. 129/2019), la cosiddetta “trasversalità della legislazione statale caratterizza (...) anche le disposizioni di natura organizzativa, con le quali lo Stato alloca le funzioni amministrative in materia di tutela dell’ambiente”, e “il coinvolgimento delle Regioni e delle Province è infatti previsto dal legislatore, ma in un’ottica cooperativa di integrazione e attuazione della disciplina statale e nel rispetto dei principî di sussidiarietà e di leale collaborazione” (si veda, su questo punto, la sent. n. 215/2018). Pertanto, poiché la cura degli interessi connessi all’ambiente non è circoscritta “alla definizione degli obiettivi di protezione, all’attuazione di politiche ambientali ed alla gestione del territorio”, ma comprende anche l’individuazione delle competenze amministrative ed il relativo riparto, a parere della Corte costituzionale “anche le disposizioni di natura organizzativa, pertanto, quantunque prive di carattere sostanziale, integrano quei “livelli di tutela uniforme” che non ammettono deroga da parte del legislatore regionale”, e “fungono da limite alla normativa delle Regioni, le quali devono mantenere la propria legislazione negli ambiti dei vincoli posti dal legislatore statale, e non possono derogare al livello di tutela ambientale

stabilito dallo Stato, in modo tale da determinarne un affievolimento o una minore efficacia”. Con il regionalismo differenziato, pertanto, si potrebbe consentire a singole Regioni di derogare alle disposizioni di carattere organizzativo stabilite dalle leggi dello Stato in materia di riparto delle competenze tra gli enti territoriali.

2. In particolare, la “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”

Per quanto riguarda, più specificamente, le competenze differenziabili che attualmente spettano allo Stato sulla base della competenza legislativa esclusiva, occorre fare riferimento a quanto indicato nella lettera s) del secondo comma dell’art. 117, lettera che, come appena ricordato, è espressamente richiamata nell’art. 116, terzo comma, Cost. come uno dei riferimenti testuali da utilizzare per individuare le “materie” – così esattamente definite nello stesso art. 116, terzo comma, Cost. - nelle quali il regionalismo differenziato può trovare legittima attuazione.

A questo proposito, deve dirsi che l’attribuzione di ulteriori e particolari competenze a favore delle Regioni richiedenti interessa non la tutela dell’“ambiente” in quanto tale – qualsivoglia sia il significato giuridicamente rilevante che si attribuisca a tale lemma -, ma, più esattamente, le materie relative alla “tutela” sia “dell’ambiente” che “dell’ecosistema”. In altri termini, per quanto qui interessa, il regionalismo differenziato può anche rivolgersi, congiuntamente o separatamente, a quelle specifiche materie di rilievo ambientale che sono identificate in un particolare senso teleologico e connotate di un carattere funzionale essenzialmente protettivo, ossia con riferimento ad una duplice finalità di garanzia, costituzionalmente prevista, che è rivolta alla tutela sia dell’ambiente che dell’ecosistema.

A tal proposito, è discusso in dottrina se con il ricorso ai due predetti lemmi – “ambiente” ed “ecosistema” – il legislatore costituzionale del 2001 abbia dato luogo o meno ad un’endiadi indistinta⁵, o addirittura sia incorso in un errore foriero di gravi incertezze interpretative⁶. Tuttavia, anche a prima vista, sulla base del principio ermeneutico relativo alla novità delle norme giuridiche, principio che impone di attribuire ad ogni modifica del dettato normativo la funzione di dettare regole che o non esistevano prima o sono da tale

⁵ In senso favorevole all’interpretazione per così dire “congiunta” di “tutela dell’ambiente” e di “tutela dell’ecosistema”, si veda, tra gli altri, A. COLAVECCHIO, *La tutela dell’ambiente fra Stato e Regioni: l’ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell’ambiente*, Bari, Cacucci, 2005, p. 2; viceversa, per una lettura che tende a dare distinto significato ai due ambiti oggettuali, soprattutto al fine di assicurare “la dovuta autonoma rilevanza” alla tutela dell’ecosistema rispetto all’ambiente, si veda, di recente, S. ZANINI, *La tutela dell’ecosistema tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, in specie pp. 452 ss.

⁶ Così, sui problemi interpretativi che ne sono derivati, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, in «Sistema di diritto amministrativo italiano» diretto da F.G. SCOCA, F. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 2007, in specie pp. 70 ss.

modifica rinnovate nel contenuto ovvero nella forma, con la distinzione introdotta mediante la formula “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” si sono indicati due profili oggettuali intrinsecamente distinguibili, seppure strettamente connessi, all'interno delle attività autoritative pubbliche complessivamente rivolte alla protezione della sfera ambientale.

Anche la Corte costituzionale, pur spesso riferendosi congiuntamente ad entrambi i profili oggettuali indicati nell'art. 117, comma 2, lettera s) – “ambiente” e “ecosistema” (si vedano, ad esempio, le sentenze n. 30/2009 oppure n. 278/2012, o ancora la recente sentenza n. 180/2019), - da un lato ha provato a tratteggiare, anche sulla scorta di principi tratti dall'ordinamento internazionale, la sfera ambientale che nel suo complesso è oggetto delle attività di protezione costituzionalmente rilevanti⁷; dall'altro lato, ha inteso tracciare i confini tra i due predetti profili - distinti, seppure, va ripetuto, strettamente interconnessi - relativi rispettivamente alla “tutela dell'ambiente” e alla “tutela dell'ecosistema”. Sicché può dirsi, in definitiva, che, in base all'art. 117, comma 2, lettera s) Cost. non sembra sussistere una monolitica “materia” relativa alla tutela ambientale sulla quale lo Stato è attualmente competente ad esercitare in via esclusiva la competenza legislativa, ma, diversamente, due distinti, seppure strettamente collegati, profili oggettuali di rilievo ambientale rispetto ai quali spetta allo Stato una funzione di tutela avente carattere vincolante e prevalente rispetto all'intero svolgimento delle attività pubbliche e private poste in essere nel territorio nazionale, e dunque anche rispetto alle determinazioni che le Regioni sono legittimate ad assumere nell'esercizio delle altre competenze costituzionalmente loro spettanti, allorché queste ultime ricadano o possano ricadere, come sopra si è visto, nella complessiva sfera ambientale.

Più esattamente, la stessa Corte ha rilevato che, per quanto i due termini si riferiscano a “valori molto vicini”, “la loro duplice utilizzazione (...), non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé, a prescindere dall'habitat degli esseri umani (vedi la sent. n. 12/2009). Pertanto, ad esempio, rientrano specificamente nella materia della tutela dell'ambiente, le discipline attinenti ad ogni fenomeno, evento o comportamento che possa alterare o pregiudicare, in modo più immediato e diretto, l'equilibrio dell'habitat degli esseri umani, per esempio in ordine alla tutela del suolo rispetto agli interventi edilizi (vedi sent. n. 196/2004), ovvero alla disciplina dei rifiuti in modo da ridurre, se non addirittura eliminare, ogni possibile forma di inquinamento (vedi sent. n. 129/2019), all'inquinamento acustico o alle emissioni elettromagnetiche (vedi sent. n. 307/2003), o ancora all'inquinamento

⁷ Vedi, in particolare, Corte cost. sent. n. 378/2007, ove si è affermato che “oggetto di tutela, come si evince anche dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come “sistema”, considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto”.

atmosferico o idrico (vedi sent. n. 229/2017). Diversamente, le aree protette, ed in specie i parchi naturali nazionali, per i quali l'intervento dello Stato è richiesto ai fini della loro conservazione per le generazioni presenti e future, rientrano nella specifica competenza legislativa esclusiva statale relativa alla tutela dell'ecosistema (vedi sent. n. 16/2019). Parimenti può dirsi per quanto concerne la tutela della fauna (vedi sent. n. 217/2018) ed in particolare di quella selvatica (vedi sentenza n. 215/2019), e per la disciplina dettata dallo Stato in materia di pesca (vedi sent. n. 9/2013).

In ogni caso, al di là dell'intricato percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale, ove non sono mancati ripensamenti e svolte⁸, per tutti gli ambiti collegati ai due profili oggettuali di tutela espressamente indicati nel testo costituzionale, continua a valere il tradizionale principio che è stato da tempo e più volte riaffermato dalla Corte costituzionale, allorché essa ha precisato che “la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario” (vedi sentenza n. 151/1986) ed “assoluto” (vedi sentenza n. 641 del 1987), e, pertanto, “deve garantire (...) un elevato livello di tutela, come tale inderogabile dalle altre discipline di settore”. In altri termini, affianco alla tutela del bene giuridico ambiente in senso unitario, coesistono altri beni giuridici che hanno ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma che concernono interessi diversi, sempre giuridicamente tutelati.

A tal proposito, a seguito della legge costituzionale n. 3 del 2001, dapprima la Corte ha voluto intendere l'ambiente essenzialmente come valore e non come una materia in senso stretto (vedi sentenza n. 407/2002); successivamente, anzi poco dopo l'approvazione del codice dell'ambiente, vi è stata una vera e propria svolta, in quanto la Corte ha interpretato l'ambiente come “materia trasversale”, sostenendo dunque che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: “quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni” (vedi la sentenza n. 378/2007). In tali casi, dunque, “la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi”. E questo comporta che la disciplina statale “viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevate nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente” (vedi sentenza n. 104/2008, successivamente confermata, ad esempio con la sentenza n. 210/2016). Ciò significa, pertanto, che la legislazione regionale deve conformarsi ai prin-

⁸ La ricostruzione della complessa evoluzione giurisprudenziale è rintracciabile, tra gli altri, in M. CECCHETTI, *La materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, *Federalismi.it*, 2009, n. 7, in specie pp. 6 ss. e, circa la svolta operata con le sentenze del 2007, pp. 19 ss.; e in D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, Cedam, 2012, in specie pp. 233 ss.

cipi fondamentali contenuti nella legge statale, qualora quest'ultima – se ricondotta alle finalità complessivamente intese della “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” – detta gli standard minimi uniformi di tutela, standard che pertanto “che le Regioni possono accompagnare con un *surplus* di tutela, ma non derogare *in peius*” (vedi sentenza n. 121/2018). È allora evidente che, in nome dell'autonomia differenziata, l'assegnazione di “ulteriori competenze e forme particolari di autonomia” nelle predette materie di rilievo ambientale nelle quali attualmente lo Stato dispone – nei limiti adesso specificati e secondo le condizioni sopra sintetizzate - di competenza legislativa esclusiva a fini di tutela ambientale, potrà comportare proprio ciò che adesso non è consentito alle Regioni, vale a dire poter intervenire, al posto dello Stato, per determinare in modo autonomo e distinto la disciplina regolatoria avente finalità di tutela ed esercitare le (o comunque dettare la disciplina di riparto delle) conseguenti competenze amministrative, così pure derogando, anche *in peius*, rispetto a quanto attualmente è stabilito a fini di tutela a livello unitario e nazionale mediante la legge dello Stato ovvero è determinato in via amministrativa da organi dello Stato sempre per le medesime finalità di tutela unitaria.

In ogni caso, anche qualora si procedesse al regionalismo differenziato con riferimento alle competenze volte al perseguimento delle predette finalità di tutela, non potranno essere derogati i molteplici principi vincolanti che, proprio a fini di protezione ambientale, sono posti a livello internazionale (essenzialmente prescritti mediante trattati, convenzioni o accordi internazionali, ma anche posti mediante consuetudini internazionali, ovvero risultanti dalla giurisprudenza delle corti internazionali) e a livello sovranazionale, soprattutto a seguito del processo di integrazione nell'Unione europea. E ciò ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., ove si subordina l'intera legislazione nazionale - sia statale che regionale, e dunque anche quella adottata in virtù dell'eventuale attuazione del regionalismo differenziato – al rispetto “della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Ciò su cui il regionalismo differenziato potrebbe incidere, a tal riguardo, è il livello autoritativo cui spetta la titolarità delle competenze attinenti al recepimento dei vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale o in ragione degli obblighi posti dall'appartenenza all'Unione europea. In altri termini, in relazione alle ulteriori forme di autonomia attribuite a singole Regioni a seguito del regionalismo differenziato, alle stesse Regioni – così come già ora può essere consentito alle Regioni dotate di autonomia speciale (vedi la sentenza n. 215/2019 in relazione alla Provincia autonoma di Trento) - potrebbe spettare il pieno esercizio delle competenze volte a dare concreta esecuzione alle discipline internazionali ovvero a quelle che scaturiscono dall'Unione europea, anche in ordine ad ambiti o profili attualmente riservati in via esclusiva agli organi statuali in quanto considerati connessi al perseguimento della finalità di tutelare in modo unitario l'ambiente o l'ecosistema su tutto il territorio nazionale.

3. I rischi ed il contesto

Tutto ciò considerato, non è irragionevole ritenere che mediante il regionalismo differenziato il de-moltiplicarsi delle competenze di protezione ambientale a livello decentrato – e, per di più, secondo quella “geometria variabile” che conseguirebbe ad un regionalismo differenziato che non trovasse omogenea corrispondenza nelle molteplici intese raggiunte con le singole Regioni coinvolte - potrebbe ampliare il rischio del mancato rispetto degli obblighi di tutela ambientale che provengono dall’ordinamento internazionale o derivano dall’appartenenza all’Unione europea, rendendo probabilmente indispensabile il rafforzamento dei poteri sostitutivi (e conseguentemente di vigilanza) da parte delle autorità di livello nazionale, poteri peraltro già previsti in via generale ai sensi dell’art. 117, comma 5, Cost.

A ben riflettere, poi, soprattutto di fronte ai gravi problemi che attualmente devono affrontarsi in relazione a molteplici aspetti delle tematiche ambientali, problemi che per di più tendono prevedibilmente ad aggravarsi nel medio e lungo termine in connessione a fenomeni sociali, economici e produttivi presenti su scala globale, ci si può domandare se avviare adesso un siffatto processo di regionalismo differenziato negli ambiti di rilievo ambientale, soprattutto in relazione alla duplice finalità di protezione costituzionalmente prevista (sia nei confronti dell’ambiente, che dell’ecosistema), sia una soluzione davvero utile non solo per il benessere della nostra collettività, ma, considerati gli strettissimi legami e i reciproci condizionamenti inevitabilmente sussistenti tra gli eco-sistemi giuridicamente delimitati secondo la logica sovranista degli Stati, anche per l’umanità nel suo complesso. In altri termini, il regionalismo differenziato è una prospettiva da cui potrebbero scaturire assetti istituzionali maggiormente rispondenti alle presenti e future problematiche connessa alla protezione ambientale, ovvero, al contrario, si darebbe luogo a soluzioni conclusivamente controproducenti e dunque meno efficienti rispetto a quelle attualmente a disposizione nel nostro ordinamento? A nostro avviso, va sostenuta un’impostazione per così dire intermedia, secondo cui il regionalismo differenziato nelle materie più direttamente connesse alla protezione ambientale dovrebbe essere strutturalmente subordinato a precise indicazioni e condizioni di metodo e di contenuto, tali da indirizzarne ragionevolmente lo svolgimento nel senso prevedibilmente più favorevole per il perseguimento degli interessi effettivi e permanenti dell’intera collettività non solo rispetto all’obiettivo del costante mantenimento del migliore equilibrio ambientale possibile, ma anche riguardo all’auspicabile correzione – se non all’inversione - dei processi che incidono negativamente sul complessivo contesto ambientale in cui si trovano gli esseri viventi e dovranno continuare a coesistere le future generazioni.

Si badi bene, queste non sono considerazioni strumentalmente difensive o meramente conservative dell’assetto esistente. Come è stato detto, infatti, quando alla tutela dell’ambiente è accostata la tutela dell’ecosistema, ciò significa esercitare funzioni e compiti autoritativi non tanto e non soltanto per garantire la “conservazione statica di un ecosistema o il ripristino di un equilibrio ecologico passato”, ma, diversamente e più consistentemente,

anche assicurare il “mantenimento della funzionalità dell'ecosistema stesso”, la sua “capacità prestazionale” ovvero la complessiva “latitudine dell'ecosistema stesso a riassetarsi e rigenerarsi”⁹.

Nel presente contesto istituzionale, caratterizzato da una forte integrazione sovranazionale e da un'intricata interrelazione tra i molteplici soggetti del decentramento territoriale, ci si deve allora domandare a quali condizioni il regionalismo differenziato possa almeno non pregiudicare le predette finalità di tutela – dell'ambiente e dell'ecosistema – previste e garantite dalla Costituzione. A tal proposito, in particolare, non vanno sottovalutati alcuni problemi, per così dire, di contesto, che sono piuttosto rilevanti nelle materie di rilievo ambientale, in particolar modo in quelle attinenti alle finalità di protezione ambientale, e che concernono sia il versante esterno che quello interno del nostro ordinamento.

Innanzitutto, le questioni ambientali sono non infrequentemente oggetto di conflitti internazionali¹⁰, e dunque di rapporti controversi sia nei confronti dell'Unione europea, che nei riguardi dei Paesi con noi confinanti. È evidente che il regionalismo differenziato, se non correttamente collocato e disciplinato rispetto a tali aspetti, da un lato potrebbe indebolire le posizioni da assumere nella determinazione delle politiche di protezione ambientale nei rapporti sovranazionali ed internazionali; dall'altro parte, l'estensione dei poteri decentrati, in particolare a favore delle Regioni collocati sui confini nazionali, potrebbe dare luogo a ulteriori contenziosi internazionali nella concreta determinazione delle misure di protezione ambientale che abbiano riflessi ultra-statali, contenziosi che in genere non sono facilmente componibili (o “mitigabili”) se non mediante un'opportuna - e auspicabilmente preventiva - azione di confronto tra le autorità statuali e che quindi possa tenere conto dell'insieme delle relazioni intercorrenti tra gli ordinamenti nazionali.

In secondo luogo, le materie ambientali, soprattutto in relazione alla determinazione ed all'applicazione degli standard di tutela ambientale, sono costante terreno di confronto, se non di vero e proprio antagonismo, non solo tra le istituzioni politico-rappresentative e i soggetti sociali¹¹, ma anche tra gli stessi organi istituzionali. Si pensi, ad esempio, ai conflitti tra le linee di indirizzo stabilite dallo Stato e le determinazioni assunte dalle Regioni, così come tra le competenze - soprattutto programmatiche - spettanti alle Regioni e le competenze di amministrazione attiva esercitate dagli enti locali, ovvero anche tra le deliberazioni assunte dagli enti locali stessi in materie ambientali allorché vi sono contemporaneamente cointeressati una pluralità di ambiti localizzati. Il contenzioso politico, istituzionale e sociale spesso si trasforma in lunghe e defatiganti controversie giuridiche

⁹ In tal senso, si veda S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema tra scienza e diritto*, cit., p. 460.

¹⁰ Un'interessante sintesi dei conflitti internazionali ambientali, in connessione con le problematiche della globalizzazione, è esposta da M. ZUPI, *Nuovi scenari di violenza, crisi e sicurezza globale*, in *Osservatorio di politica internazionale*, n. 78, luglio 2013, in specie p. 32 ss., riportando anche una illuminante “mappa” internazionale dei conflitti ambientali a partire dal 1980.

¹¹ Si vedano le considerazioni esposte, da diversi punti di vista, nei contributi presenti nel volume di L. PELLIZZONI (a cura di), *Conflitti ambientali. Esperti, politica, istituzioni nelle controversie ecologiche*, Il Mulino, Bologna, 2011.

zionali, innescate anche dalla compresenza di altri diritti ed interessi, in specie di natura economica¹², così certo non favorendosi la chiara definizione degli standard ambientali – e le conseguenti responsabilità, anche di natura penale - cui i cittadini o anche le imprese sono davvero vincolati. A ciò si aggiunge la forte rimodulazione delle competenze delle Province anche nelle materie di rilievo ambientale, a seguito dalla cosiddetta legge Delrio n. 56/2014, la cui attuazione, per di più, è stata assai problematica e faticosa, dandosi così luogo a soluzioni piuttosto diversificate nelle singole realtà regionali, anche in relazione all'emersione delle Città metropolitane quale nuovo possibile baricentro di rilevanti competenze sul versante ambientale¹³. Sul punto della riorganizzazione delle competenze tra Regioni e Province, tra l'altro, si attendono novità a seguito di una recente sentenza della Corte costituzionale (vedi la sentenza n. 129/2019) che ha smentito l'interpretazione talora invalsa in sede regionale, secondo cui dalla predetta legge n. 56/2014 poteva dedursi la facoltà regionale di modificare l'assetto delle competenze provinciali in materia di protezione ambientale (si tratta, in particolare, di competenza sui rifiuti) già stabilite dal codice dell'ambiente, in quanto, tra l'altro, quest'ultimo può essere modificato soltanto mediante "dichiarazione espressa di altra legge della Repubblica" (vedi art. 3 bis del d.lgs. n. 152/2006), e tale dichiarazione, a ben vedere, non è presente nella legge n. 56/2014. Poi, dal punto di vista più strettamente operativo, è dato di comune esperienza che l'attuale frazionamento delle competenze amministrative relative alle procedure che coinvolgono interessi di rilievo ambientale, anche a favore di nuovi soggetti istituzionali quali le Città metropolitane, la farraginosità e la lentezza dei procedimenti relativi alle plurime "valutazioni" ambientali, e il processo complessivo di deresponsabilizzazione nel circuito multilivello tra politica ed amministrazione, hanno indebolito e frammentato la complessiva funzione di protezione ambientale costituzionalmente prevista e garantita. Se poi si passa ad esaminare il contesto fattuale in cui le attività autoritative di protezione ambientale devono ormai svolgersi, è sempre più evidente il rilievo dei rapporti di forza che si instaurano a livello geo-politico tra soggetti di rango statale o sovra-statale, dato che l'effettivo perseguimento di obiettivi di protezione ambientale dipende dalle interrelazioni sempre più globalizzate, e dove la tutela rispetto ai pericoli di carattere ambientale, nuovi o già presenti, non può essere esercitata mediante determinazioni di livello sub-statale, richiedendo inevitabilmente il confronto – ed infine l'auspicabile convergenza - tra le visioni degli Stati che incidono maggiormente sugli equilibri ambientali.

¹² Si pensi, ad esempio, al caso dell'Ilva di Taranto, e alle due pronunce della Corte costituzionale in merito, ovvero la sent. n. 85 del 2013, e la sent. n. 58 del 2018.

¹³ Sul punto si rinvia a F. FABRIZZI, G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, Jovene, 2014.

4. Considerazioni conclusive

Allora, le riflessioni appena svolte sui rischi e sul contesto non possono non indurre a particolare prudenza, là dove si intendesse procedere al regionalismo differenziato anche in relazione alle competenze rivolte al perseguimento delle finalità di tutela ambientale costituzionalmente previste e garantite. Certo, sinora le Regioni hanno utilizzato le loro competenze, soprattutto dopo la riforma del Titolo V, secondo modalità non omogenee in prassi, così producendosi una notevole distanza tra le “prestazioni” fornite di fatto in tema di protezione ambientale dai singoli ordinamenti regionali. Con il regionalismo differenziato, è possibile, ed anzi probabile, che le Regioni dotate di più accentuata efficienza politico-amministrativa sarebbero già pronte ad esercitare le ulteriori competenze che sarebbero loro attribuite rispetto a quelle ordinariamente assegnate alle Regioni. Sicché potrebbe sostenersi che il regionalismo differenziato consisterebbe nel dare concreta applicazione ad una sorta di principio di “eguaglianza istituzionale”, in quanto si consentirebbe di disciplinare in modo “ordinamentalmente” diverso la medesima funzione pubblica – in questo caso, quella concernente le competenze inerenti la sfera ambientale, ed in specie la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema - in relazione a situazioni di per sé stesse già “territorialmente” diversificate.

Sul punto, tuttavia, si è detto¹⁴ che sarebbe sufficiente l'intervento con legge ordinaria per risolvere i problemi del potenziamento del ruolo regionale – ad esempio, prevedendo l'attivazione di specifici accordi di natura convenzionali tra le singole Regioni e lo Stato - anche in relazione alle competenze qui in esame. Certo, considerata la stretta interrelazione tra gli eco-sistemi delimitati dai confini regionali, per di più spesso in modo del tutto artificiale o comunque senza particolare corrispondenza a parametri di rilievo ambientale, l'attuazione del Titolo V che non consentisse alcuna differenziazione delle attribuzioni tra le Regioni più “attive” in materia di protezione ambientale e le altre Regioni – ovvero quelle le cui prestazioni politico-amministrative esercitate a tal fine non siano già risultate particolarmente adeguate – finirebbe per condizionare negativamente anche le prime. Anche perché in un sistema caratterizzato dal decentramento istituzionale, ma strutturato in modo omogeneo, in genere le decisioni assunte in via unitaria dagli organi di livello statale sono guidate da quella prudenza che è necessaria per tenere conto non tanto dei risultati migliori, quanto di quelli peggiori. E, dunque, dovrebbe sostenersi che l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., potrebbe costituire il rimedio proprio a questo pericolo. Insomma, adottando questo punto di vista, il vero “danno” per l'ambiente non sarebbe tanto l'incremento della strumentazione legislativa ed amministrativa assegnata mediante il regionalismo differenziato alle Regioni già più efficienti, quanto l'inefficienza politico-

¹⁴ In tal senso R. BIN, “Regionalismo differenziato” a attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, n. 1, in specie pp. 15 ss.

amministrativa già dimostrata dalle altre Regioni. Ciò, quindi, giustificerebbe di consentire il trasferimento di funzioni così delicate non a tutte le Regioni, ma soltanto ad alcune, a quelle cioè già più efficienti dal punto di vista della protezione ambientale.

Tuttavia, dal punto di vista politico, la predetta argomentazione sarebbe non facilmente presentabile innanzi all'opinione pubblica tutta, sicché il regionalismo differenziato si presenterebbe come un "premio" per le Regioni già più attive, e sostanzialmente avvantaggiate dal punto di vista della protezione ambientale, e come il riconoscimento della "sconfitta" subita dalle altre Regioni. Inoltre, e forse ciò appare più rilevante per la nostra analisi, lo scopo essenziale del trasferimento di ulteriori competenze, cioè consentire la più flessibile determinazione di differenti standard di protezione ambientale all'interno del territorio nazionale, potrebbe condurre all'irrigidimento della distanza tra i livelli di protezione tra le diverse parti del Paese. Del resto, a sostegno del regionalismo differenziato spesso si afferma che esso consentirebbe di rispondere meglio proprio a quella differenziazione che è consustanziale alle diversità delle condizioni territoriali e dunque alla disomogeneità delle problematiche attinenti alla protezione ambientale. E non a caso, infatti, l'attuale spinta verso l'avvio di un processo di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. nasce dalla localizzata insoddisfazione per il modo in cui è stato sinora attuato il "nuovo" Titolo V. Ma allora, ripetiamo, piuttosto che avviare il regionalismo differenziato in tema di protezione ambientale, con il possibile determinarsi dei rischi e dei pericoli sopra accennati, non sarebbe più opportuno rivedere la disciplina legislativa ordinaria al fine di consentire l'esercizio di poteri regionali dotati di maggiore capacità di adattamento, integrazione e specificazione dei principi posti a livello nazionale?

Se, poi, si esaminano le bozze delle intese sinora rese disponibili alla pubblica opinione¹⁵, in relazione ai procedimenti più avanzati, quelli cioè concernenti la Lombardia, il Veneto, e l'Emilia-Romagna, tali Regioni hanno chiesto di poter disporre, con proprie leggi, di alcune funzioni amministrative che, ai sensi della normativa vigente, sono esercitate dal Ministero dell'ambiente ovvero in relazione alle quali il Ministero dell'ambiente è titolare di un potere di indirizzo e di coordinamento. Le funzioni richieste dalle tre Regioni, invero, si sovrappongono solo parzialmente. Dall'esame complessivo appaiono più circoscritte (e per molti aspetti analoghe) le ulteriori competenze che sono state richieste dalla Lombardia e dal Veneto, e che vertono in prevalenza sulla gestione dei rifiuti, sulla bonifica dei siti inquinati e sulla prevenzione e ripristino ambientale, ossia essenzialmente, tenendo conto della distinzione sopra tratteggiata, sui profili oggettuali attinenti alla tutela dell'ecosistema. Risultano, invece, più estese le ulteriori competenze in materia ambientale che sono state richieste dall'Emilia-Romagna, e che riguardano il rafforzamento delle funzioni programmatiche nei seguenti ambiti: difesa del suolo, gestione delle risorse idriche, tutela

¹⁵ Le bozze delle intese sono state rese note sul sito del Dipartimento degli Affari Regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

dell'aria, bonifica dei siti inquinati e aree protette. Dunque, in questo caso, le ulteriori competenze concernerebbero sia la tutela dell'ecosistema, che la tutela dell'ambiente.

Ma ciò che non viene esplicitato nelle bozze di intese di cui si è attualmente a conoscenza, e che invece occorrerebbe sottolineare con forza, è che, se si intende spostare su specifici aspetti, collegati ad interessi territorializzati, il decisore ultimo sul “punto di equilibrio” rispetto ad una o ad entrambe le finalità di protezione ambientale costituzionalmente previste – in quanto declinabili, come sopra si è visto, nella tutela dell'ambiente e nella tutela dell'ecosistema -, nello stesso tempo è necessario tenere fermo il mantenimento di quelle che potremmo chiamare “condizioni ambientali minime ed essenziali”, e che sono indispensabili, sempre per volontà della Costituzione, per garantire effettivamente la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema sull'intero territorio nazionale, al fine di assicurare sostanziale ed effettiva parità nelle condizioni ed aspettative di vita, e quindi anche e soprattutto nell'esercizio di diritti civili e sociali costituzionalmente protetti, a tutti i cittadini, ovunque essi si trovino o intendano spostarsi. Se l'equilibrio ambientale, infatti, è inevitabilmente il risultato di interventi territorializzati e localizzati, l'obiettivo complessivo e costituzionalmente rilevante è quello di consentire condizioni sufficientemente omogenee di protezione ambientale in tutto il Paese, condizioni che dunque non possono non essere garantite anche nei confronti dell'esercizio delle competenze assegnate alla discrezionale determinazione politico-amministrativa dagli enti del decentramento istituzionale.

In altri termini, anche con il regionalismo differenziato, ed anzi viepiù con l'attuazione del regionalismo differenziato, devono restare fermi gli standard ed i livelli essenziali della protezione ambientale da assicurare su tutto il territorio nazionale. Come rilevato dalla Corte costituzionale, allo Stato non può non spettare «il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali». Ciò, in quanto “le disposizioni legislative statali adottate in tale ambito fungono da limite alla disciplina che le Regioni, anche a statuto speciale, dettano nei settori di loro competenza, essendo ad esse consentito soltanto eventualmente di incrementare i livelli della tutela ambientale, senza però compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato” (vedi la sent. n. 300/2013, richiamata fra l'altro dalla sent. n.77/2017).

Vanno poi sempre tenuti fermi i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali, e a tal proposito va ricordata la legge n.132 del 2016 (relativa alla “Istituzione del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente e disciplina dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale”) che disciplina i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA), definendoli come “il livello qualitativo e quantitativo di attività che deve essere garantito in modo omogeneo sul piano nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”, di cui si deve far carico il Sistema nazionale per la protezione dell'ambiente.

Occorre poi assicurare la stabilità del Codice dell'ambiente là dove (vedi art. 3-quinquies del d.lgs. n.152 del 2006) si stabilisce che i principi in esso contenuti “costituiscono le condizioni minime ed essenziali per assicurare la tutela dell'ambiente su tutto il territo-

rio nazionale”; che “le regioni e le province autonome possono adottare forme di tutela giuridica dell’ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un’arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravii procedurali”; e, infine, che lo Stato, secondo il principio di sussidiarietà, interviene nelle questioni ambientali quando determinati obiettivi di tutela “non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo o non siano stati comunque effettivamente realizzati”.

E, ancora, vanno ribadite e tenute ferme la stabilità e la vincolatività sull’intero territorio nazionale delle decisioni assunte in materia ambientale dalle Autorità indipendenti, in particolare dall’ARERA (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente) e dall’Autorità antitrust. Così come va garantito il pieno ed effettivo rispetto delle discipline poste in sede di Unione europea e a livello internazionale, anche mediante l’arricchimento del vigente strumentario, pure in ordine alle conseguenti responsabilità delle Regioni con autonomia differenziata in caso di violazione o addirittura di sanzioni.

In definitiva, le questioni inerenti la protezione ambientale sono questioni fondamentalmente democratiche che, al di là degli effetti territorialmente localizzati, non possono non coinvolgere l’intera collettività perché concernono in modo diretto le nostre condizioni di vita in ogni parte del territorio. Ed è quindi indispensabile che le decisioni per così dire “prime e ultime” – soprattutto quando è in giuoco la competenza delle competenze - siano assunte a livello nazionale, restando fermo, quindi, il controllo della Corte costituzionale sul bilanciamento tra i molteplici interessi tutelati dalla Costituzione e le garanzie costituzionali dei diritti. Non può dimenticarsi, infatti, che la Corte costituzionale ha da lungo tempo attribuito alla protezione dell’ambiente il “valore di diritto fondamentale della persona e di interesse fondamentale della collettività”, attraverso un’interpretazione estensiva degli articoli 9 e 32 della Costituzione, che, come noto, riguardano, rispettivamente, la tutela del paesaggio e la tutela della salute (si vedano le sent. nn.210 del 1987, 617 e 641 del 1987). Insomma, proprio dall’art. 117, comma 2, lettera s) discende che non possono spettare agli organi statuali quelle competenze di protezione ambientale che insistono sull’intero ed unico ecosistema nazionale, inteso per così dire “al singolare”¹⁶, e tanto più ciò vale se si considera la competenza esclusiva dello Stato di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art. 117, comma 2, lettera m).

In conclusione, il procedimento di differenziazione previsto dall’art. 116, comma 3, Cost. e consentito anche nelle molteplici materie di rilievo ambientale, e pure in relazione alle finalità di protezione dell’ambiente e dell’ecosistema, non solo dovrà davvero rispondere alle esigenze localmente avvertite di maggiore responsabilizzazione delle autorità regio-

¹⁶ Su questa lettura dell’art. 117, comma 2, lettera s), si vedano le considerazioni di G. VOSA, *La tutela dell’ambiente “bene materiale complesso unitario” tra Stato ed autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 19, in specie p. 32.

nali rispetto al perseguimento di tali interessi, ma, nello stesso tempo, dovrà essere attuato in modo da accrescere – e pertanto non ridurre - l'efficienza del sistema istituzionale complessivamente rivolto alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e soprattutto dovrà assicurare – e quindi non comprimere - il rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie essenziali per il benessere dell'intera collettività su tutto il territorio nazionale.

Resoconto del XVII Convegno nazionale di Diritto sanitario

La salute alla carta. Il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato
Roma, 8 novembre 2019

Matteo Cosulich*

L'8 novembre 2019, presso la Facoltà di Economia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Roma, si è svolto il XVII Convegno nazionale di Diritto sanitario, dedicato, sotto il titolo "La salute alla carta" a "Il Servizio sanitario nazionale di fronte alle sfide del regionalismo differenziato", come recita il relativo sottotitolo. Come si vedrà nel prosieguo, il *fil rouge* dei lavori del Convegno può essere agevolmente individuato in una lettura costituzionalmente orientata del regionalismo differenziato che, liberato dalla carica ideologica che oggi purtroppo caratterizza tante proposte di sua realizzazione, risulti coerente sia con il principio di eguaglianza sia con il dovere di solidarietà.

Come di consueto, il Convegno è stato organizzato dalla Società italiana di Diritto sanitario, che si è avvalsa della collaborazione del Centro d'eccellenza interdipartimentale per il Management sanitario dell'Università del Piemonte orientale e dell'Alta Scuola di Economia e Management dei Sistemi sanitari dell'Università cattolica. Essere giunti alla diciassettesima edizione del Convegno, rispettandone sempre la cadenza annuale, dimostra la vitalità dell'iniziativa e il suo rispondere a un'esigenza fortemente avvertita nella comu-

* Professore associato confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento.

nità scientifica. È stata davvero una felice intuizione quella di Renato Balduzzi che quasi vent'anni fa ha avviato, a Genova, la lunga e proficua stagione dei Convegni nazionali di Diritto sanitario. Alla nascita genovese dell'iniziativa ha fatto seguito, qualche anno dopo, il suo consolidamento nelle edizioni alessandrine del Convegno che ha oramai raggiunto una piena maturità; tale da permettere ora di variarne la sede di anno in anno, conformemente alla tradizione dei più qualificati convegni giuridici italiani. Quest'anno, la scelta della sede romana dell'Università cattolica rappresenta dunque l'avvio della terza fase della vita del Convegno nazionale di Diritto sanitario, un appuntamento atteso annualmente dagli specialisti della materia. Essi non si identificano peraltro coi soli cultori del diritto sanitario; accanto ai giuristi, i Convegni vedono da sempre la partecipazione di studiosi di formazione economica, aziendalistica e medica, tutti egualmente interessati ad approfondire, accanto ad alti funzionari dello Stato e delle Regioni e a operatori del settore, i temi e i problemi della sanità italiana. L'approccio multidisciplinare costituisce infatti il valore aggiunto dei Convegni nazionali di Diritto sanitario, come ha opportunamente sottolineato nel suo indirizzo di salute Domenico Bodega, Preside della Facoltà di Economia dell'Università cattolica del Sacro Cuore. L'indirizzo di salute del Presidente della Società italiana di Diritto sanitario, Gian Paolo Zanetta, ha quindi avviato la riflessione sul tema del Convegno, invitando a leggere le proposte di differenziazione regionale in ambito sanitario, *ex art.* 116, co. 3 Cost., alla luce dell'eguaglianza di trattamento fra i cittadini, da un lato, e del dovere di solidarietà fra gli stessi, dall'altro.

I lavori della giornata sono stati aperti dalla relazione introduttiva di Renato Balduzzi, anche nella sua qualità di Direttore scientifico della Società italiana di Diritto sanitario, che ha dapprima ricordato la figura di Luciano Vandelli, recentemente scomparso: un autorevolissimo studioso di diritto locale, attento ai profili di diritto sanitario e capace di mettere ripetutamente al servizio delle istituzioni repubblicane, a livello locale, regionale e statale, la sua ammirevole preparazione. Sulla scorta dell'eredità del pensiero di Luciano Vandelli, Renato Balduzzi ha sottolineato come la questione della riforma delle istituzioni non vada posta in termini di più Regioni e meno Stato, ma di più Repubblica e, nel quadro di quest'ultima, di più autonomia, non solo regionale, ma anche locale, alla luce di una corretta lettura del titolo V della parte II Cost. Il riferimento alla Repubblica richiama lo Stato sociale italiano, la cui migliore realizzazione è certamente costituita dal Servizio sanitario nazionale, un vero e proprio gioiello da preservare, che ha permesso al nostro paese, unico al mondo, di codificare nei Livelli essenziali di assistenza oltre 6.000 prestazioni sanitarie. Servizio sanitario nazionale le cui fondamentali caratteristiche di universalità ed eguaglianza non sono state finora intaccate dal moto altalenante del regionalismo italiano nell'ultimo trentennio: né dalle spinte regionaliste degli anni '90 del secolo scorso che si esauriscono nei primi anni 2000, né dalle successive tendenze neocentraliste, sorte all'indomani della crisi economico-finanziaria e generalmente motivate sulla base di quest'ultima. Nel quadro ora delineato può precisarsi, secondo Renato Balduzzi, il taglio dei lavori del Convegno annuale: occorre domandarsi in che misura il regionalismo differenziato in sanità promuova lo sviluppo del paese attraverso una migliore tutela della salute. L'auspi-

cabilità della differenziazione regionale dipende quindi in larga misura dalla risposta che verrà data a tale interrogativo.

Nell'assumere la presidenza della sessione mattutina – articolata nelle tre relazioni di Giovanni Tarli Barbieri, Sandro Staiano e Americo Cicchetti – Gaetano Silvestri, Presidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, ha autorevolmente evidenziato come il co. 3 dell'art. 116 non possa essere isolato dal restante testo costituzionale che va invece letto in modo olistico, coordinando fra loro la prima e la seconda parte della Costituzione e le varie disposizioni che la compongono. Così, in particolare, la differenziazione regionale va ricostruita alla luce del dovere di solidarietà *ex art. 2* e del principio di perequazione *ex art. 119, co. 5*. Altrimenti il regionalismo differenziato finisce per percorrere strade eversive del testo costituzionale, come dimostrano alcune aberranti teorizzazioni sul residuo fiscale, presenti in filigrana soprattutto nelle proposte venete. Il regionalismo (anche differenziato) dev'essere dunque coerente con la forma di Stato sociale che connota il nostro paese, nella quale i Livelli essenziali di assistenza vanno garantiti a tutti i cittadini, a prescindere dalla Regione di residenza. L'eventuale carattere competitivo del regionalismo italiano potrà al più riguardare le modalità utilizzate per raggiungere tale risultato nelle varie Regioni.

La relazione di Giovanni Tarli Barbieri, dedicata a “L'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost.: procedure e prospettive”, ha preso le mosse dalla riconduzione di tale disposizione costituzionale al testo complessivo della novella apportata al titolo V dalla legge cost. n. 3 del 2001, le cui previsioni non sempre hanno avuto seguito. Si pensi in particolare all'inattuazione degli artt. 118 e 119 Cost.: da un lato, le amministrazioni periferiche dello Stato non hanno subito quel processo di snellimento di per sé richiesto dall'applicazione del principio di sussidiarietà; dall'altro, la legge n. 42 del 2009 è rimasta in buona misura lettera morta e così pure, di conseguenza, le disposizioni costituzionali che avrebbe dovuto attuare. Il tema dell'attuazione investe lo stesso art. 116, co. 3, le cui previsioni andrebbero realizzate nel quadro di una legge attuativa in grado di fornire una cornice unitaria alle Regioni che intendono procedere alla differenziazione. Da questo punto di vista, occorre salutare con favore la presentazione di un disegno di legge collegato alla legge di bilancio, destinato ad attuare l'art. 116, co. 3 Cost. Conformemente a un orientamento largamente condiviso durante i lavori del Convegno, Giovanni Tarli Barbieri ha quindi inquadrato il co. 3 dell'art. 116 Cost. nel testo costituzionale complessivo, suggerendone una lettura coerente con quest'ultimo e dunque olistica, per riprendere il lessico di Gaetano Silvestri: la differenziazione va utilizzata per ipotesi molto precise e limitate, ritagliate su misura nelle singole realtà regionali, tenendo sempre fermo il legame con i diritti disciplinati nella parte I della Costituzione (nella specie, il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*). Al contrario, le bozze di intesa, frutto di un percorso decisamente opaco, rivelano, anche con specifico riferimento alla materia sanitaria, un approccio confuso e parziale, che sembra tendere alla destrutturazione del Servizio sanitario nazionale e dunque alla compromissione della tutela del diritto alla salute che esso oggi assicura.

Il tema ora richiamato è stato al centro della successiva relazione “Diritti sociali e regionalismo differenziato”, affidata a Sandro Staiano che ha individuato nelle proposte di differenziazione regionale *ex art.* 116, co. 3 Cost. un sovraccarico ideologico: i testi attualmente in discussione (accordi preliminari e bozze di intesa) mirano a scardinare lo Stato sociale disegnato dalla Costituzione e i diritti sociali che essa garantisce. Si svela così il potenziale distruttivo del regionalismo differenziato che, se realizzato secondo le indicazioni ricavabili dai poco trasparenti processi in corso, sembra destinato a tradire il disegno costituzionale relativamente alle Regioni, immaginate quali elementi di democratizzazione del sistema, nonché di costruzione dello Stato sociale, com’è evidente in ambito sanitario alla luce dell’articolazione regionale del Servizio sanitario nazionale. Il regionalismo differenziato così (mal)inteso, nonché la costante evocazione del residuo fiscale – concetto definito perverso dal Relatore – da parte delle Regioni con maggior gettito fiscale, finiscono inevitabilmente (e con ogni probabilità volutamente) per esacerbare le differenze tra il Nord e il Sud, minando così l’unità del paese che costituisce invece un bene prezioso da preservare costantemente. In tale prospettiva le funzioni fortemente connesse all’unità nazionale, quali la sanità e l’istruzione, non andrebbero ulteriormente regionalizzate. In proposito occorre ribadire che la pur infelice riforma realizzata con la legge cost. n. 3 del 2001 prevede, all’art. 116, co. 3, l’eventuale trasferimento non di materie ma piuttosto, nell’ambito di ciascuna di esse, di specifiche funzioni; queste ultime vanno individuate, sulla scorta dell’esperienza dei trasferimenti dallo Stato alle Regioni negli anni ’70, con un’attenta analisi, oggi necessariamente interdisciplinare, e dunque particolarmente attenta ai contributi che possono giungere dalle scienze economiche e aziendalistiche.

Il richiamo all’analisi in ambito sanitario utilmente compiuta, in sinergia con l’approccio giuridico, da altre discipline, ha trovato immediato riscontro nel programma del Convegno: dopo le due prime relazioni, svolte da costituzionalisti, ne erano prevista altre due, l’una di taglio aziendalistico, l’altra di taglio epidemiologico, affidate la prima al direttore dell’Alta Scuola di Economia e Management dei Sistemi sanitari, Americo Cicchetti, la seconda al vicedirettore del Centro d’eccellenza interdipartimentale per il Management sanitario, Fabrizio Faggiano. Per l’ultima relazione, dedicata a “Gli intrecci non scontati tra diseguaglianze di salute e differenziazioni normative su base territoriale”, qui si rinvia agli Atti del Convegno – la cui pubblicazione è prevista nel n. 1/2020 di questa Rivista –, in ragione dell’impossibilità ad essere presente di Fabrizio Faggiano, per gravi ragioni familiari.

Americo Cicchetti nella relazione “La differenziazione nella lettura degli economisti sanitari”, ha preso anzitutto in considerazione i dati demografici, dai quali emerge come la diminuzione della popolazione, presente in tutto il paese, si concentri in modo particolarmente rilevante nel Sud. A tale processo si accompagna naturalmente quello dell’invecchiamento della popolazione, con conseguente incremento della condizione di cronicità della stessa. Rispetto a una situazione di tal fatta, una possibile risposta è rappresentata dall’innovazione tecnologica in sanità che peraltro presuppone un grado non trascurabile di centralizzazione: l’erogazione di terapie innovative e specializzate richiede pochi centri altamente

qualificati, in numero certamente inferiore alle Regioni italiane; si pensi ad esempio ai centri abilitati alle terapie geniche. Il regionalismo differenziato trova dunque un limite per così dire tecnico nella dimensione inevitabilmente nazionale dell'innovazione tecnologica applicata alla sanità. L'analisi svolta sulla base delle categorie dell'economia sanitaria rivela inoltre il nesso, nelle diverse Regioni, tra il livello di finanziamento del Servizio sanitario e le prestazioni sanitarie effettivamente garantite. Da tale angolo visuale, esistono già varie categorie di Regioni, tra le quali risultano penalizzate quelle sottoposte ai piani di rientro. Secondo Americo Cicchetti, l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere quindi il recupero sul piano dell'equità del sistema complessivamente inteso, non già l'accentuazione delle differenze fra i Servizi sanitari regionali, che andrebbero piuttosto ridotte.

Il pomeriggio dell'8 novembre si è aperto con una tavola rotonda, dedicata a “Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato”, presieduta da Renato Balduzzi che ha sapientemente dialogato con tutti gli interventori. Il titolo della tavola rotonda ben rivela le preoccupazioni ad essa sottese: il procedimento di differenziazione regionale se mosso soltanto da ragioni politiche (Mauro Renna) e inteso in modo abnorme – come pare essere attualmente – dalle Regioni che vi aspirano rischia di modificare l'impianto costituzionale complessivo, mettendo in particolare a repentaglio la tenuta del Servizio sanitario nazionale, attuativo dell'art. 32 Cost. (Fabrizio Politi). Occorre invece leggere la tutela della salute alla luce dei doveri solidaristici, da un lato, e del principio di eguaglianza, dall'altro (Maria Alessandra Sandulli), privilegiando piuttosto un ragionevole approccio proporzionato al regionalismo differenziato, che non metta in crisi i Livelli essenziali di assistenza (Donatella Morana). Approccio ragionevole che risulterebbe certamente più agevole se vi fosse piena consapevolezza, da parte delle Regioni che si muovono verso la differenziazione, che essa non può comunque sfociare in una vera e propria specialità regionale, in ragione del fondamento preordamentale e/o straordinamentale delle Regioni ad autonomia differenziata, il cui novero, perciò stesso, appare insuscettibile di aumentare nel vigente ordinamento repubblicano (Matteo Cosulich). Accanto alle criticità che investono il regionalismo differenziato in sanità nel suo complesso, ora richiamate, nel corso della tavola rotonda ne sono state evidenziate altre che riguardano profili più specifici: i farmaci (Guerino Fares) e la farmacovigilanza (Nello Martini, Presidente della Fondazione Ricerca e Salute); il personale, anche con specifico riferimento all'attività libero-professionale dei medici, non differenziabile per Regione (Carlo Colapietro); il controllo contabile, che deve crescere all'aumentare dall'autonomia, da intendersi sempre fortemente connessa alla responsabilità (Carlo Chiappinelli, Presidente di Sezione della Corte dei Conti). I contenuti della tavola rotonda sono stati ulteriormente arricchiti da quattro interventi programmati che hanno ripreso e approfondito rispettivamente: le relazioni fra Regioni più o meno progredite in ambito sanitario (Alberto Azzena); il personale, con particolare riguardo a quello convenzionato (Davide Servetti) e all'attività libero-professionale intramuraria (Francesco Gallarati); la volontà delle Regioni che intendono differenziarsi di dar vita a Servizi sanitari regionali fortemente diversificati, intervenendo sui *ticket*, da un lato, e sulla sanità integrativa, dall'altro (Vincenzo Antonelli).

Lo spirito che ha animato l'intera giornata del Convegno è stato assai ben espresso dalla successiva testimonianza di Mariella Enoc, Presidente dell'Ospedale pediatrico Bambin Gesù, che, nel definire splendido il nostro Servizio sanitario nazionale, ha magistralmente sintetizzato i sentimenti dei partecipanti, anche quando ha affermato che la sanità deve curare, non produrre; altrimenti non raggiunge il suo fine: la cura, appunto.

Le conclusioni della fruttuosa giornata di studio e di riflessione sono state affidate a due protagonisti delle vicende sanitarie più recenti: Guido Carpani, Capo di Gabinetto del Ministro della Funzione pubblica, dopo aver ricoperto analogo ruolo, sino a qualche settimana fa, presso il Ministro della Salute, e Filippo Anelli, Presidente nazionale dell'Ordine dei medici, che ha assicurato la sua autorevole presenza per tutta la durata dei lavori.

Filippo Anelli ha incentrato il suo intervento sulla constatazione che nell'ambito del Servizio sanitario nazionale sono presenti significative differenze di fatto, soprattutto tra il Sud e il Nord del paese, a tutto danno del primo. Le Regioni finanziariamente più solide si rafforzano ulteriormente grazie ai proventi della mobilità sanitaria interregionale che si dirige verso di esse. Se si confrontano l'Emilia-Romagna e la Puglia, agevolmente comparabili in ragione dell'ammontare delle rispettive popolazioni, può constatarsi come la prima l'anno scorso abbia speso in sanità circa un miliardo in più della seconda. Dati come quello ora proposto dimostrano che per il Servizio sanitario nazionale occorre puntare su un regionalismo ordinario solidale, capace di ridurre le diseguaglianze, non certo su un regionalismo differenziato egoistico, che mira invece ad ampliarle ulteriormente.

Le richieste di differenziazione regionale in materia sanitaria *ex art.* 116, co. 3 Cost. possono leggersi quali denunce di difficoltà riguardanti il funzionamento complessivo del Servizio sanitario nazionale. Così Guido Carpani ha individuato le cause della volontà di differenziarsi di alcune Regioni nelle criticità derivanti da una legislazione statale desueta e da aggiornare e in problemi nuovi che richiedono risposte diverse dal passato, ad esempio relativamente al personale, ai fondi integrativi, ai *ticket*, alle prestazioni di alta specializzazione e alla farmacovigilanza. Le richieste delle Regioni vanno dunque ascoltate, ma la risposta va individuata in interventi riformatori che investano il Servizio sanitario nel suo complesso, non quello di singole Regioni. Si tratta di individuare soluzioni a livello nazionale. Si badi: nazionale, non statale; vale a dire coinvolgendo comunque le Regioni – tutte le Regioni – nelle sedi proprie della leale cooperazione. Le considerazioni ora qui sintetizzate possono ben rappresentare il risultato del Convegno, da proporre alla ulteriore riflessione della comunità scientifica attenta alle questioni sanitarie.