

2

maggio-agosto
2022

SoDiS

Società italiana di
Diritto SanitarioCORTI
SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?
- *Respectfully, I dissent*. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.
- Inerzia del legislatore e triage secondo il *Bundesverfassungsgericht*: una falsa vittoria?
- Gli *standard* (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni

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); Giuseppe Campanelli (Università di Pisa); 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)

REDAZIONE SCIENTIFICA

Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Stefano Rossa, Alice Stevanato, Eugenio Tagliasacchi

Corti Supreme e Salute è inserita nell'elenco delle riviste scientifiche di classe A (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca.

Il presente fascicolo è pubblicato con il sostegno del PRIN 2020 "Il diritto costituzionale della salute e dell'organizzazione sanitaria dopo l'emergenza della pandemia" coordinato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore (P.I. prof. Renato Balduzzi).

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

- A. MOLFETTA, *Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza della Corte costituzionale: elementi di continuità nella sentenza n. 127 del 2022 sulla quarantena da Covid-19* » 363
[Corte cost., sent. 7 aprile -26 maggio 2022, n. 127, red. Barbera]
- L. MARTINELLI, *Il delitto di maltrattamenti nelle RSA: contrasti interpretativi e profili applicativi* » 379
[Cass. pen., VI sez., sent. 15 novembre 2021, n. 41562]

Giurisprudenza straniera

- A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico?* » 393
[Supreme Court of the United States, Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al., no. 19-1392, 597 US_(2022), June 24, 2022]
- I. DOMENICI, *Inerzia del legislatore e triage secondo il Bundesverfassungsgericht: una finta vittoria?* » 429
[BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16 Dezember 2021 - 1 BvR 1541/20]
- G. GRASSO, *Respectfully, I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.* » 445
[Supreme Court of the United States, West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al., no. 20-1530, 597 US_(2022), June 30, 2022]

Osservatorio

- R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni* » 461
LaboST – Laboratorio permanente sulla sanità territoriale, *Le trasformazioni della sanità territoriale: 12 progetti a cura degli allievi del primo Corso di perfezionamento in "Organizzazione e gestione della Case della comunità"*... » 475

Saggi

- G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo* » 495

Dibattiti

- D. SERVETTI, *La derogabilità della tutela brevettuale sui vaccini anti Covid. Alcune note sulla decisione di Ginevra del 17 giugno 2022, tra progressi raggiunti e questioni aperte (anche nella prospettiva del costituzionalismo globale)* » 531

Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza della Corte costituzionale: elementi di continuità nella sentenza n. 127 del 2022 sulla quarantena da Covid-19*

[Corte cost., sent. 7 aprile -26 maggio 2022, n. 127, red.
Barbera]

Andrea Molfetta**

SOMMARIO: 1. Brevi coordinate introduttive. – 2. Libertà personale e libertà di circolazione nelle precedenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. – 3. La pandemia di SARS-CoV-2 e il regime di quarantena imposto per impedirne la diffusione: alcune puntualizzazioni. – 4. “Ritorno al futuro”: le peculiarità della sentenza n. 127 del 2022. – 5. Una piccola considerazione di chiusura.

ABSTRACT:

Il perimetro applicativo degli articoli 13 e 16 della Costituzione è stato ampiamente trattato dalla dottrina nel corso degli anni e, ciononostante, taluni dubbi interpretativi non hanno trovato soluzione. Uno dei peculiari ambiti in cui è stata avvertita, con particolare enfasi, tale incertezza è proprio quello della quarantena da Covid-19, cui la Corte costituzionale ha tentato di dare definitivamente risposta con la sentenza n. 127 del 2022. In questa nota, vengono ripercorse le principali posizioni assunte dai costituzionalisti e le influenze che le medesime hanno avuto sulla decisione al centro del presente *paper*.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottore in Giurisprudenza presso l'Università dell'Insubria.

The scope of application of Articles 13 and 16 of the Constitution has been extensively dealt with by the doctrine over the years and, nevertheless, certain interpretative doubts have not been resolved. One of the particular areas in which this uncertainty has been felt, with particular emphasis, is precisely that of the Covid-19 quarantine, to which the Constitutional Court attempted to give a definitive answer with its ruling no. 127 of 2022. In this note, we review the main positions taken by constitutionalists and the influences they had on the decision at the centre of this paper.

1. Brevi coordinate introduttive

Le diatribe esegetiche circa l'individuazione dell'esatto perimetro applicativo degli articoli 13 e 16 della Costituzione sono risalenti nel tempo. Quantunque si tratti di norme che preservano situazioni giuridiche sostanziali idealmente distanti tra loro – da un lato la libertà personale, dall'altro quella di circolazione –, una latente affinità può, per converso, ravvisarsi con appagante chiarezza in un plesso eterogeneo di casistiche più o meno abituali nella prassi¹.

Come è possibile immaginare, la vicenda che si va profilando è tutt'altro che pacifica, e anzi appare scaturigine di risvolti costituzionalistici e pratici affatto trascurabili. In effetti, “[...] che un determinato provvedimento rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., ovvero dell'art. 16 Cost., è questione tutt'altro che platonica, ma dalle rilevanti implicazioni pratiche, atteso che soltanto la libertà personale è garantita anche agli stranieri; solo le restrizioni di questa richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria; solo contro questi provvedimenti restrittivi è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge (art. 111, 7 Cost.)”².

Non è la prima volta, infatti, che alla Corte costituzionale è stato affidato il gravoso compito di pronunciarsi compiutamente su tale delicata materia, di fornire indici significativi sull'applicabilità dell'una o dell'altra disposizione, eppure talune perplessità sono sopravvissute sino ad oggi. In specie, il Giudice delle leggi, con recente pronuncia n. 127 del 2022, si è occupato (definitivamente?) proprio di questa vertenza interpretativa, e più precisamente della sussunzione delle singole misure di isolamento attribuibili alla propagazione della pandemia di SARS-CoV-2 – e imposte, come si avrà modo di osservare tra poco, a particolari categorie di soggetti – al rispettivo regime giuridico. In altre più sempli-

¹ Lo stesso Statuto Albertino non conteneva una autonoma regolamentazione per la libertà di circolazione e soggiorno; quest'ultima, infatti, veniva qualificata, ai sensi dell'art. 26, mera esplicazione della libertà personale, la quale “[...] importa[va] la facoltà di andare, restare, partire, viaggiare; quindi di emigrare in paese estero, sia definitivamente che a tempo”. Le forti restrizioni e i gravi attentati perpetrati in epoca liberale e nel successivo periodo fascista spinsero i costituenti a prediligere il riconoscimento della libertà di circolazione quale situazione giuridica autonoma, disciplinandone specificatamente il contenuto all'art. 16 Cost. Vedasi, in proposito, U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, vol. VI, pp. 1 ss.

² L. CASTELLI, *Articolo 16*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2021, vol. I, p. 123.

ci parole, la questione sottoposta all'attenzione della Corte afferisce alla corretta interpretazione e riconduzione di queste limitazioni alla disciplina della libertà di locomozione *ex art. 16 Cost.* ovvero al loro prospettato inquadramento nell'ambito, più garantista, dell'art. 13 Cost.

Ecco, dunque, il *punctum crucis* della vicenda: la presunta (e inattuata) applicabilità delle guarentigie costituzionali sancite per la libertà personale – per inciso, riserva di legge, riserva di giurisdizione, ricorso in Cassazione per violazione di legge – ad una fattispecie, quella della quarantena per l'appunto, che fino a quel momento era stata assistita soltanto dalla prima delle tre. In virtù di codeste osservazioni, il giudice *a quo*, coltivando il giudizio di legittimità costituzionale, si accontentava di censurare esclusivamente la riconducibilità di dette limitazioni al cappello delle restrizioni alla libertà di movimento, senza tuttavia investire la Corte del compito di accertare, in subordine e nell'ipotesi di insoddisfazione della prima doglianza, l'eventuale conformità dell'isolamento ai vincoli che il legislatore incontrerebbe nella compressione della medesima libertà.

Si anticipa, per benevolenza di chi legge e per attribuire una certa sistematica alla presente nota di commento, che i giudici costituzionali si sono pronunciati nel senso di escludere tale ricostruzione ermeneutica, riconoscendo così l'infondatezza della questione sindacata e rimettendo in ordine le varie tessere del *puzzle*³.

2. Libertà personale e la libertà di circolazione nelle precedenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali

Lo storico ateniese Tucidide insegnava che “bisogna conoscere il passato per capire il presente e orientare il futuro”, ed è, quindi, dal trascorso che occorre iniziare. Difatti, per comprendere al meglio il panorama giuridico entro cui si innesta la sentenza n. 127 del 2022, è bene fare luce sulle ricostruzioni esegetiche delle già menzionate norme costituzionali e su taluni precedenti giurisprudenziali che non possono, in questo frangente, essere sottaciuti.

³ È interessante segnalare come la vicenda che si va illustrando abbia da tempo trovato soluzione nella giurisprudenza sovranazionale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pronunciandosi sul ricorso n. 49933/2020 (caso *Terbeș vs. Romania*), si è espressa nel senso di negare che il *lockdown* in vigore dal 24 marzo al 14 maggio 2020 e imposto dal governo rumeno per frenare la pandemia di SARS-CoV-2 potesse considerarsi equipollente agli arresti domiciliari. A ben vedere, si trattava di una misura generale, applicata indistintamente a tutti i soggetti dalla legislazione statale, la quale consentiva comunque lo spostamento dalla propria abitazione per particolari esigenze. Inoltre, la Corte ha sottolineato come il ricorrente non fosse stato assoggettato ad alcuna forma di sorveglianza individuale, né fosse stato costretto a vivere in uno spazio angusto o senza alcun contatto sociale. In conclusione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il livello delle restrizioni alla libertà di movimento del ricorrente non fosse tale da far ritenere l'isolamento generalizzato una violazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione stessa.

Muovendo dalle elaborazioni dottrinali, il dato che emerge con squisita immediatezza è la forte dissonanza tra le molteplici e variegate correnti di pensiero⁴. La prima dualità che si palesa agli occhi dell'interprete è quella tra coloro che ritengono libertà personale e libertà di circolazione (e soggiorno) fattispecie separate⁵ – seppur con confini non sempre netti e immediatamente identificabili –, e chi, invece, considera la seconda un profilo esplicativo della prima, riconducendo entrambe ad un *unicum* concettuale⁶. Su questo fronte, la disputa appena illustrata pare oggi definitivamente sopita⁷: infatti, “non vi è dubbio che la Costituzione abbia inteso configurare in modo autonomo la libertà in discorso [art. 16 Cost.]; ciò risulta dalla diversità della loro disciplina [...] sia dalla sfera dei beneficiari (i soli cittadini e non «tutti»), sia dalle restrizioni (limitatamente a soli motivi di sanità e di sicurezza e con totale esclusione di quelli aventi carattere politico)”⁸.

In sintesi, art. 13 e art. 16 Cost. non possono rappresentarsi graficamente come cerchi concentrici, in cui la libertà di circolazione si inserisce nella più ampia circonferenza della libertà personale. Eppure, non si può negare che una qualche intersezione tra le due sfere sussista⁹, soprattutto in considerazione del comune bene giuridico tutelato, ossia la libertà di stasi e di spostamento dell'individuo; invero, “la libertà personale, in quanto controparte dello stato detentivo, include, non v'è dubbio, la libertà di movimento, nel senso che la sua compressione è automatica compressione anche di questa. *Tuttavia*, al di fuori di tale ipotesi, la libertà di movimento acquista una sua autonomia e risulta coperta da una distinta garanzia costituzionale, grazie a cui può essere compressa solo per motivi di sanità e di sicurezza, con limitazioni stabilite in via generale dalla legge (corsivo aggiunto)”¹⁰.

⁴ Fondamentali, in proposito, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, 261 ss.; L. CASTELLI, *Articolo 16*, cit., pp. 122 ss.; L. PRINCIPATO, *La libertà di circolazione e soggiorno e la libertà di espatrio ed emigrazione*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO, *Trattato di diritto costituzionale. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, vol. III, pp. 100 ss.; C. MAINARDIS, *Art. 16*, in L. PALADIN, V. CRISAFULLI (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 127 ss.; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1989, vol. III, pp. 76 ss.

⁵ A titolo esemplificativo si richiamano G. AMATO, *Art. 16*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1977, pp. 114 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 171 ss.; C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, 683 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, vol. VII, 14 ss.; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, Padova, 1956, vol. V, pp. 398 ss.

⁶ Tra i più autorevoli sostenitori di questa tesi V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Archivio penale*, 1955, vol. II, pp. 113 ss.; P.F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. Cost.*, 1962, 200 ss.; M. SEVERINO, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1950, vol. VI, pp. 106 ss.; M. GALIZIA, *Libertà di circolazione e soggiorno dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza, 1967, vol. II, pp. 546 ss.

⁷ Tale scuola di pensiero, infatti, si pone nettamente in contrasto con il solido dato testuale e sistematico, il quale attribuisce piena autonomia alla libertà di circolazione, tanto è vero che quest'ultima, diversamente da quanto accadeva sotto la vigenza dello Statuto Albertino, risulta disciplinata in una disposizione differente dall'art. 13 Cost.

⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, vol. II, p. 1053.

⁹ La stessa Corte cost., nella sent. n. 6/1962, ha rammentato che l'art. 16 Cost. deve essere “inteso quale proiezione del citato art. 13”.

¹⁰ G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 115.

In ragione di tale condivisibile asserzione, specialmente in passato, la dottrina si è interrogata circa la possibilità di fornire particolari criteri in grado di discernere, con apprezzabile precisione, gli spazi applicativi delle due disposizioni in esame. Lungi dal voler addentrarsi eccessivamente in prolisse elucubrazioni, è sufficiente qui richiamare le posizioni assunte dai principali orientamenti dottrinali sul tema in oggetto.

Una prima tesi¹¹ concerne la natura delle misure restrittive della libertà: meri obblighi e divieti limitativi della possibilità di movimento sarebbero riconducibili all'art. 16 Cost.; viceversa, misure coattive, implicanti quindi l'utilizzo della forza fisica, andrebbero collocate nell'ambito delle limitazioni alla libertà personale. È bene evidenziare come il binomio misure obbligatorie – misure coattive sia stato più volte richiamato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, compresa quella che ha deciso la questione al centro del presente scritto¹².

Per una seconda corrente di pensiero¹³, anch'essa evocata nella sent. n. 127/2022, l'elemento discretivo della distinzione risiederebbe nella sussistenza o meno di una "degradazione giuridica dell'individuo"¹⁴, vale a dire di "[...] una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*"¹⁵. Tale *deminutio*, infatti, sarebbe rappresentativa di una limitazione della libertà personale, e non anche di quella sancita dall'art. 16 Cost.

Una terza ricostruzione teorica¹⁶ fonda la ripartizione concettuale sulla locuzione, contenuta nell'art. 16 Cost., "in via generale", sicché sarebbe ravvisabile una restrizione della libertà personale laddove venisse circoscritta la facoltà di movimento (e di soggiorno) di singoli individui ben determinati; di contro, misure destinate ad una pluralità indistinta di soggetti rientrerebbero nell'alveo della libertà di circolazione. Si badi, tale espressione costituisce una «solenne riaffermazione del principio posto nell'art. 3 della Costituzione», nel senso che l'Autorità può limitare la libertà dei singoli o gruppi di persone, purché non

¹¹ G. AMATO, *Art. 16*, cit., pp. 114 ss.; A. CERRI, *Libertà personale – Dir. Cost.*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1991, vol. XXI, p. 6.

¹² Tra le tante, Corte cost., sent. n. 45/1960, n. 384/1987, n. 240/2006, n. 228/2007 e, per l'appunto, n. 127/2022. Utile anche G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, pp. 263 ss.

¹³ A. BARBERA, *Note preliminari in tema di libertà di circolazione e soggiorno*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1962, pp. 695 ss.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 11/1956.

¹⁵ Così Corte cost., sent. n. 68/1964; dello stesso tenore Corte cost., sent. n. 45/1960, n. 30/1962, n. 419/1994, n. 210/1995, n. 143/1996, n. 193/1996 e n. 144/1997. Sul concetto di *habeas corpus*, anche in prospettiva comparativa, si rinvia a P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas corpus*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, vol. XIX, pp. 941 ss.

¹⁶ G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, vol. I, pp. 372 ss.

stabilisca illegittime discriminazioni e ponga regole «con criteri generali e su basi assolutamente obbiettive»¹⁷.

A ben vedere, il discorso sarebbe molto più articolato e complesso di quanto non sia possibile illustrare in questa sede¹⁸. In ragione di ciò, affinché si possa dar conto, seppur superficialmente, dell'inquadramento generale della recente pronuncia della Corte, occorre appagarsi di tale succinta chiosa, tenendo presente che le teorizzazioni appena esposte sono state predilette, tra le tante, alla luce dei richiami operati dagli stessi giudici costituzionali, richiami che verranno ora scandagliati.

3. La pandemia di SARS-CoV-2 e il regime di quarantena imposto per impedirne la diffusione: alcune puntualizzazioni

Prima di procedere con l'analisi della sentenza al centro del commento, è doveroso ancora esplicitare brevemente il quadro normativo entro il quale si è mossa la Corte costituzionale. La pandemia originata, al tramonto del 2019, dal SARS-CoV-2 ha mutato radicalmente le vite della comunità globale sotto molteplici punti di vista¹⁹; uno di questi è certamente costituito dall'alea di sviluppare la relativa malattia – con o senza sintomatologia – e il pedissequo regime di quarantena o isolamento che dir si voglia. Con ciò, a seguito del *lockdown* nazionale disposto la sera del 9 marzo 2020 dall'allora *premier* Giuseppe Conte²⁰, il governo adottò in un secondo tempo una serie di provvedimenti volti ad allentare gradatamente le misure restrittive sino a quel momento in vigore, tentando, al contempo, di scongiurare il pericolo che una diffusione incontrastata del patogeno potesse nuovamente concretarsi.

Tra i tanti atti normativi degni di menzione, una posizione di rilievo, in questa sede, deve necessariamente riconoscersi al decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 – recante “Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19” –, converti-

¹⁷ A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fascicolo n. 1/2020, p. 425. I richiami sono, rispettivamente, a Corte cost., sent. n. 68/1964 e n. 72/1963.

¹⁸ Per un maggiore approfondimento sulle teorie formulate dalla dottrina classica si rimanda alle elaborazioni citate nelle note precedenti.

¹⁹ Sulla comparsa e sulla diffusione del Covid-19 si veda *Coronavirus, dal primo caso alla pandemia globale: le tappe*, in *tg24.sky.it*, ult. agg. 2 marzo 2021; utile anche V. BASSAN, L. SALVIOLI, B. SIMONETTA, *La storia del coronavirus dall'inizio*, in *lab24.ilsole24ore.com*, ult. agg. 25 novembre 2021. Particolarmente interessante, sotto molteplici profili, anche C. CISLAGHI, M.T. GIRAUDDO, M. FALCONE, *Centoquattro settimane di pandemia e non è finita...*, in *Corti Supreme e Salute*, fascicolo n. 1/2022, pp. 89 ss.

²⁰ Si veda il DPCM 9 marzo 2020, avente ad oggetto “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”.

to, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74²¹. Segnatamente, meritevoli di interesse, ai fini della trattazione odierna, sono l'art. 1, comma 6, e l'art. 2, comma 3, del suddetto decreto: il primo vietava ai soggetti risultati positivi al Coronavirus²² – e sottoposti, per provvedimento dell'autorità sanitaria, a quarantena obbligatoria – di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora fino all'accertamento della guarigione oppure al ricovero presso una struttura sanitaria²³; il secondo, invece, comminava la sanzione per l'eventuale violazione della precedente disposizione²⁴. Più precisamente, l'art. 2, comma 3, salvo che il fatto fosse configurabile come delitto colposo contro la salute pubblica *ex art. 452 c.p.* ovvero costituisse più grave reato, puniva il trasgressore della misura di cui sopra ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, vale a dire con l'arresto da 3 a 18 mesi e con l'ammenda da 500 a 5.000 euro²⁵.

Teniamo a mente questo dato poiché tornerà utile a breve: l'arresto, misura di natura coattiva ed estrinsecazione dell'impiego legittimo della forza, può essere disposto esclusivamente a fronte del mancato ottemperamento all'obbligo di isolamento domiciliare impartito dalle competenti autorità sanitarie locali dislocate su tutto il territorio nazionale. Ergo, dalla lettura di tali disposizioni emerge che la quarantena, quanto meno nel primo stadio di gemmazione, non può che annoverarsi tra i provvedimenti a carattere meramente obbligatorio, e non anche coercitivo.

È bene, infine, precisare come la contravvenzione richiamata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020 sia sopravvissuta, in ordine agli elementi costitutivi e alla comminazione della pena, alla mancata proroga dello stato di emergenza. Più precisamente, l'art. 4, comma 1, del decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24 – avente ad oggetto “Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza – ha introdotto, a decorrere dal

²¹ “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

²² È bene rammentare che la positività alla malattia di COVID-19 può, ancora oggi, essere rilevata efficacemente solo mediante la somministrazione di un tampone molecolare ovvero di un test antigenico rapido effettuato presso apposite strutture socio-sanitarie, comprese le farmacie dislocate sul territorio nazionale. In particolare, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento UE 2021/953, per *test NAAT* deve intendersi un “test molecolare di amplificazione dell'acido nucleico, quali le tecniche di reazione a catena della polimerasi-trascrittasi inversa (RT-PCR), amplificazione isotermica mediata da loop (LAMP) e amplificazione mediata da trascrizione (TMA), utilizzato per rilevare la presenza dell'acido ribonucleico (RNA) del SARS-CoV-2”. Al contrario, il *test antigenico rapido* è un “test basato sull'individuazione di proteine virali (antigeni) mediante immunodosaggio a flusso laterale che dà risultati in meno di 30 minuti”.

²³ Parafrasando, “è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata”.

²⁴ “Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del Codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265”.

²⁵ L'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, così come modificato dall'art. 4, comma 7, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recita: “Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata”.

1° aprile 2022, l'art. 10-*ter*²⁶ all'interno del d.l. 22 aprile 2021, n. 52²⁷, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87. Infatti, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 13, comma 2-*bis*²⁸, del medesimo decreto, conserva quanto dettato dal summenzionato art. 2, comma 3. Si tratta, in altri termini, di misure precauzionali che il Governo ha ritenuto di dover preservare, anche al di fuori dell'emergenza sanitaria in senso stretto, al fine di salvaguardare l'incolumità pubblica e di impedire un nuovo innesco del ciclo infettivo.

4. "Ritorno al futuro": le peculiarità della sentenza n. 127 del 2022

La questione di legittimità costituzionale giunta alle porte di Palazzo della Consulta è sorta innanzi al Tribunale ordinario di Reggio Calabria, sezione penale, allorché il rimettente, nelle spire di un giudizio direttissimo, è stato chiamato a pronunciarsi, tra gli altri reati contestati, sulla violazione delle misure di quarantena imposte dall'autorità sanitaria a seguito di accertata positività alla malattia da Covid-19. Difatti, la persona imputata di detta contravvenzione veniva sottoposta a procedimento penale per inosservanza di "[...] un ordine legalmente dato per impedire la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo", così come disposto dal già menzionato art. 260 del regio decreto n. 1265/1934.

²⁶ L'art. 10-*ter*, rubricato "Isolamento e autosorveglianza", così come convertito dalla legge 19 maggio 2022, n. 52, dispone quanto segue: "A decorrere dal 1° aprile 2022 è fatto divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura dell'isolamento per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione, salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata.

A decorrere dalla medesima data di cui al comma 1, a coloro che hanno avuto contatti stretti con soggetti confermati positivi al SARS-CoV-2 è applicato il regime dell'autosorveglianza, consistente nell'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2, al chiuso o in presenza di assembramenti e con esclusione delle ipotesi di cui all'articolo 10-*quater*, comma 4, lettere a), b) e, limitatamente alle attività sportive all'aperto o al chiuso, se svolte in condizioni di sicurezza rispetto al rischio di contagio, c), e comma 5, fino al decimo giorno successivo alla data dell'ultimo contatto stretto con soggetti confermati positivi al SARS-CoV-2 e di effettuare un test antigenico rapido o molecolare per la rilevazione di SARS-CoV-2, anche presso centri privati a ciò abilitati, alla prima comparsa dei sintomi e, se ancora sintomatici, al quinto giorno successivo alla data dell'ultimo contatto.

Con circolare del Ministero della salute sono definite le modalità attuative dei commi 1 e 2. La cessazione del regime di isolamento di cui al comma 1 consegue all'esito negativo di un test antigenico rapido o molecolare per la rilevazione di SARS-CoV-2, effettuato anche presso centri privati a ciò abilitati. In quest'ultimo caso, la trasmissione, con modalità anche elettroniche, al dipartimento di prevenzione territorialmente competente del referto, con esito negativo, determina la cessazione del regime dell'isolamento".

²⁷ "Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19".

²⁸ L'art. 13, comma 2-*bis*, del d.l. 22 aprile 2021, n. 52 – introdotto con l'art. 11, comma 1, lett. b), del d.l. 24 marzo 2022, n. 24 – recita: "Salvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 10-*ter*, comma 1, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265".

Nella specie, il giudice *a quo* riteneva del tutto equipollenti, sotto il profilo contenutistico, il divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora e le restrizioni di cui agli artt. 284 c.p.p. – vale a dire la misura cautelare degli arresti domiciliari – e 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354²⁹ – ossia la misura alternativa della detenzione domiciliare³⁰.

Orbene, considerando che tali istituti penalistici incidono, *beyond any reasonable doubt*, sulla libertà personale *ex art. 13 Cost.*³¹, il Tribunale giungeva a ritenere che la medesima considerazione potesse trovare applicazione anche al regime di isolamento obbligatorio. Infatti, stando alle rimostranze del rimettente, quest'ultima limitazione avrebbe una connotazione *positiva* legata alla persona – nel senso che vieterebbe lo spostamento dei soggetti contagiati – e non *negativa* in relazione a particolari luoghi – la proibizione di recarsi presso determinati ambienti. Sicché, ad avviso del Tribunale, il provvedimento di adozione del divieto oggetto di causa (e il conseguente apparato sanzionatorio), comportando non già una restrizione della libertà di circolazione quanto piuttosto una limitazione a quella personale, sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, in quanto carente sotto il profilo della riserva di giurisdizione così come richiesto dal disposto dell'art. 13, comma 2, Cost. Fermo restando quanto sino ad ora illustrato, l'Avvocatura generale dello Stato, in difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, è intervenuta in giudizio eccependo l'inammissibilità della questione sollevata, per errore del rimettente nella riconduzione della quarantena obbligatoria allo statuto giuridico della libertà personale anziché a quello della libertà di circolazione, la quale, differentemente dalla prima, non risulta coperta dalla garanzia della riserva di giurisdizione.

Giunti a questo punto, è possibile procedere con l'analisi delle ragioni che, come anticipato, hanno indotto i giudici di Palazzo della Consulta a formare il proprio convincimento sulla infondatezza della doglianza sindacata. Invero, con grado sufficientemente elevato di probabilità, la Corte, pur ammettendo che la capacità di autodeterminazione in termini

²⁹ “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”.

³⁰ A ben vedere, tale considerazione era già stata formulata in dottrina; vedasi, in proposito, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22 aprile 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2 aprile 2020, p. 5; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, fascicolo n. 1/2020, pp. 210 ss.; F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020, pp. 5 ss.; M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, fascicolo n. 3/2020, pp. 174 ss.; M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020; A. D'ANDREA, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020. Totalmente opposta, invece, la tesi di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, fascicolo n. 2/2020, pp. 109 ss., il quale sembra preconizzare il provvedimento al centro dell'odierno commento. Sulla stessa scia si pone C. CARUSO, intervista di F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, 2 aprile 2020.

³¹ Con particolare riguardo alla libertà personale si rimanda a A. CERRI, *Libertà personale – Dir. Cost.*, cit., pp. 1 ss.; A. PACE, *Libertà personale (Dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, vol. XXIV, pp. 287 ss.; P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, vol. IX, pp. 231 ss.; M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, pp. 321 ss.

di mobilità nello spazio rappresenti un elemento qualificante sia della libertà personale, sia di quella di circolazione, ha rimarcato come i criteri discriminativi esposti dal giudice di prime cure non abbiano mai trovato rispondenza nella giurisprudenza costituzionale. Su tale punto occorre brevemente soffermarsi: nel testo della pronuncia, infatti, vengono delineate, a titolo esemplificativo, una serie di fattispecie su cui il Giudice delle leggi si è espresso nel corso degli anni e dalle quali è possibile trarre alcune indicazioni di massima. Nella già richiamata sentenza n. 68/1964, si legge che i “motivi di sanità” che consentono la limitazione della libertà di locomozione ai sensi dell’art. 16 Cost. possono spingersi sino alla “necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose”, in linea con quanto avvenuto (e con quanto accade tutt’ora) in fase pandemica. Perciò, “[...] non si può negare che un cordone sanitario volto a proteggere la salute nell’interesse della collettività (art. 32 Cost.) possa stringersi di quanto è necessario, secondo un criterio di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alle circostanze del caso concreto, per prevenire la diffusione di malattie contagiose di elevata gravità”³².

Non solo: è premura della Corte precisare che, in base all’evoluzione della situazione sanitaria complessiva, sta al legislatore – sempre attraverso la lente della *proporzionalità* e della *adeguatezza* – limitarsi a prescrivere il divieto di recarsi presso determinati luoghi (quelle che il rimettente aveva qualificato come “limitazioni negative legate ai luoghi”) ovvero prevedere restrizioni più pregnanti e allacciate non a singoli ambienti ma a peculiari soggetti – per l’appunto, quelli affetti da Covid-19 – che, proprio in virtù della libertà di circolazione di cui sono titolari, potrebbero costituire un pericolo effettivo e concreto per la salute pubblica. A ben vedere, tale affermazione si lega alla terza ricostruzione teorica illustrata poc’anzi: l’espressione “in via generale”, racchiusa nell’art. 16 Cost., consente di ritenere circoscritta la facoltà di circolazione allorché tale restrizione sia rivolta ad un numero sufficientemente ampio di soggetti e non necessariamente in relazione a particolari ambiti spaziali³³.

V’è di più: la Corte, coerentemente con quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, ha ulteriormente specificato come una misura restrittiva sia da ricondursi all’ambito applicativo dell’art. 13 Cost. laddove presenti *non solum* carattere obbligatorio – che è elemento comune alle due sfere –, *sed etiam animus* coercitivo³⁴. In sintesi, un contenimento della libertà personale è configurabile esclusivamente nell’ipotesi in cui il medesimo sia attuato ricorrendo a mezzi coattivi. Per utilizzare gli stessi vocaboli della Corte, “l’assoggettamento

³² Si rimanda al paragrafo 3.1 del *Considerato in diritto* della sentenza oggetto del presente scritto.

³³ Al punto 6 del *Considerato in diritto* si legge che “si è qui, infatti, in presenza di un virus respiratorio altamente contagioso, diffuso in modo ubiquo nel mondo, e che può venire contratto da chiunque, quali siano lo stile di vita e le condizioni personali e sociali. Innanzi a tali presupposti, la misura predisposta dal legislatore concerne quindi una vasta ed indeterminata platea di persone...”.

³⁴ Tuttavia, soprattutto in passato, parte della dottrina aveva posto in luce come “il diritto, quando comanda non coarcesce, quando coarcesce non comanda”; vedasi, in proposito, C. ESPOSITO, *Lineamento di una dottrina del diritto*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università degli Studi di Camerino*, Camerino, 1930, vol. IV, p. 61.

fisico all'altrui potere [...] è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale"³⁵.

A sostegno di questa tesi sembra porsi la costruzione morfologica della norma – l'art. 1, comma 6, del decreto-legge n. 33 del 2020 –, la quale non solo non ospita rimandi espliciti all'impiego di metodi coercitivi, ma non palesa neppure alcun interesse alla predisposizione di specifiche forme di sorveglianza atte ad accertare l'osservanza dell'isolamento e in grado di prevenirne le ipotetiche violazioni. Sicché, "in definitiva, chiunque sia sottoposto alla «quarantena» e si allontani dalla propria dimora incorrerà nella sanzione prevista dalla disposizione censurata [art. 2, comma 3, del d.l. n. 33/2020], ma non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potrà essere arrestato in conseguenza di tale violazione"³⁶.

Al fine di chiarire meglio tale passaggio, è possibile rammentare come i giudici costituzionali abbiano ricondotto, in passato, un semplice ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio, la cui esecuzione sia facilitata dalla collaborazione del destinatario, alla sfera della libertà di circolazione; viceversa, un ordine della stessa natura non assistito dal contributo di chi lo riceve – e anzi accompagnato da una vera e propria resistenza di questi – ricadrebbe nell'ambito applicativo dell'art. 13 Cost., con tutte le sopracitate garanzie costituzionali a protezione della particolare circostanza³⁷.

Ancora, un prelievo ematico eseguito coattivamente nell'ambito di un procedimento penale *in fieri* va accolto nella pletora delle fattispecie restrittive la libertà personale³⁸; per contro, lo stesso non può dirsi con riguardo a chi, sospettato di guidare un veicolo in stato di ebbrezza, decida di non sottoporsi a test alcolemico per un presunto abuso di potere da parte delle autorità di pubblica sicurezza³⁹, fermo restando che il rifiuto ingiustificato integra il reato di cui all'art. 186, comma 7, del Codice della Strada⁴⁰.

³⁵ Così Corte cost., sent. n. 105/2001.

³⁶ Vedasi paragrafo 4.1 del *Considerato in diritto*. A ben vedere, quest'ultima affermazione della Corte sembra cozzare con la novellata formulazione dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, il quale prescrive, in caso di inosservanza, l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000. Sicché, la diversità tra i già menzionati istituti – la quarantena da un lato, gli arresti domiciliari e la detenzione domiciliare dall'altro – deve rintracciarsi nel momento genetico/fisiologico, e non anche in quello patologico.

³⁷ Vedasi Corte cost., sent. n. 2/1956, n. 105/2001 e n. 222/2004. Si rimanda, inoltre, a A. CERRI, *Libertà personale – Dir. Cost. (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2007, vol. XXI, pp. 3 ss.

³⁸ Corte cost., sent. n. 238/1996.

³⁹ Corte cost., sent. n. 194/1996.

⁴⁰ L'art. 186 – rubricato "Guida sotto l'influenza di alcool" – del d.lgs. n. 285/1992 (Codice della Strada) dispone, al settimo comma, quanto segue: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5 [accertamenti qualitativi non invasivi o prove, anche attraverso apparecchi portatili], il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c) [ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, arresto da sei mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l)]. La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le

È proprio su questo terreno che si coglie, con bastante intelligibilità, l'ontologica differenza tra isolamento obbligatorio e istituti penalistici richiamati, erroneamente, dal giudice *a quo* per patrocinare l'applicabilità delle tutele che *circum stant* alla libertà personale. Al riguardo, mentre la prima misura non figura accompagnata da alcuna forma di costrizione fisica né in fase iniziale né durante il decorso della malattia da Covid-19, gli arresti domiciliari e la detenzione domiciliare presentano, in radice, una connotazione *lato sensu* coercitiva. Si tratta, quindi, di una vera e propria aporia interpretativa, come risulta anche dalle precise e dissonanti *ratio* dei singoli istituti: le norme di astrazione penalistica sono connesse ad una valutazione, propria dell'autorità giudiziaria competente, attinente la condotta e la personalità dell'agente; la quarantena per esigenze di immunoprofilassi, invece, esula da qualsivoglia disamina circa la condotta dell'interessato, fondandosi piuttosto sulla mera considerazione che lo stesso è entrato in contatto con un virus ad elevata contagiosità e che, pertanto, necessita di essere temporaneamente appartato, e ciò a guardia della salute nella sua accezione di interesse collettivo (art. 32, comma 1, Cost.).

Concludendo, “non vi è [...], su questo piano, alcun paragone possibile tra l'introduzione, da parte delle norme censurate e a pena di commettere una contravvenzione, del solo obbligo di non uscire di casa se malati, al fine di scongiurare ulteriori contagi, e l'esecuzione di provvedimenti tipici del diritto penale, ai quali è connaturata la coercibilità, perlomeno per i casi di inosservanza”⁴¹.

Infine, la Corte sfoggia un ulteriore canone di discernimento, quello della “degradazione giuridica”; si tratta, questo, di un postulato indissolubilmente legato al precedente e a cui la giurisprudenza costituzionale ha fatto più volte appello per ampliare le garanzie proprie dell'art. 13 Cost. Difatti, l'esigenza di salvaguardare la libertà personale si ravvisa “[...] non soltanto innanzi allo spiegamento di forme coercitive (il cui esercizio segna la più icastica manifestazione del monopolio statale della forza), ma anche per quei casi nei quali la legge assoggetta l'individuo a specifiche prescrizioni che si riflettono sulla facoltà di disporre di sé e del proprio corpo, compresa quella di circolazione, recando al contempo «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona» (sentenze n. 419 del 1994 e n. 68 del 1964)”⁴².

Ciò, evidentemente, evoca la formulazione di due considerazioni di rilievo: *in primis*, l'impiego di strumenti restrittivi, esasperanti o mortificativi, ancorché disposti *ex lege*, deve necessariamente superare il filtro rappresentato dal controllo del giudice; *in secundis*, nell'ipotesi inversa, limitazioni implicanti l'utilizzo di strumenti coercitivi, quand'anche non scaturigine di evidenti forme di degradazione giuridica, continuano ad essere inquadrate

disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI”.

⁴¹ Osservazione riscontrabile al punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁴² Così il punto 5 del *Considerato in diritto*.

nello spettro dell'art. 13 Cost. e circondate dalle cautele che quest'ultimo prescrive. Anche su tale frangente, la Corte si è espressa nel senso di negare, con accesa convinzione, che i divieti imposti dall'art. 1, comma 6, del decreto-legge n. 33/2020 arrechino una qualche degradazione giuridica a chi vi sia assoggettato, corroborando così la tesi della riconducibilità di dette misure alla libertà di circolazione. A rigor di logica, “[...] l'accertamento dello stato di positività non si congiunge ad alcuno stigma morale, e non può cagionare mortificazione della pari dignità sociale, anche alla luce del fatto che si tratta di una condizione condivisa con milioni di individui, accomunati da null'altro che dall'esposizione ad un agente patogeno trasmissibile per via aerea”⁴³.

La pronuncia si conclude con un'affermazione che fuga qualsivoglia perplessità circa la correttezza delle variegate argomentazioni appena dipinte. Infatti, sebbene il legislatore abbia voluto fondare la figura di reato di cui all'art. 2, comma 3, sull'inosservanza del provvedimento che dispone l'isolamento, il Giudice delle leggi ha osservato che non solo non vi sarebbe alcuna necessità di convalida da parte dell'autorità giudiziaria – l'ambito applicativo è, per l'appunto, quello dell'art. 16 Cost. –, ma lo stesso atto amministrativo ben potrebbe non sussistere affatto laddove ci si limitasse a punire la condotta di chi, conscio di essere malato, decidesse, in piena contezza, di allontanarsi dalla propria abitazione, esponendo così l'*entourage* al rischio di contagio⁴⁴.

5. Una piccola considerazione di chiusura

I criteri poc'anzi accennati, se da un lato permettono di comprendere meglio il consolidato orientamento della Corte, dall'altro pongono inevitabilmente un quesito di natura interpretativa: tutte le ipotesi appena enucleate, infatti, sono riconducibili a contesti che esulano da uno stato strettamente emergenziale, il che induce a domandarsi se anche in siffatta circostanza trovino applicazione i medesimi modelli ermeneutici.

La questione appare di eminente rilevanza se si considera che, soprattutto in fase emergenziale – quando le normali procedure vengono temporaneamente derogate⁴⁵ –, è importante individuare i limiti che lo Stato incontra nella sua qualità di detentore dell'uso

⁴³ Considerato in diritto, punto 6.

⁴⁴ Ipotesi non dissimile da quanto accadeva in forza dell'art. 4, comma 6, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, che recitava “salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e) [divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus], è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7”.

⁴⁵ Autorevole dottrina ha considerato che “in generale, [...] le [...] situazioni di emergenza non si prestano ad essere regolate attraverso, o almeno solo attraverso, le norme sulla produzione, perché è fisiologico che la necessità e l'urgenza, proprio per la *salus rei publicae*, consentono o addirittura impongono ai soggetti che ricoprono ruoli di governo [...] l'adozione di fonti *extra ordinem*...”. Così F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., p. 4.

legittimo della forza. Il diritto costituzionale insegna, difatti, che chi ha il potere è portato ad abusarne, e tale assunto acquista maggiore pregnanza proprio nelle situazioni eccezionali⁴⁶, straordinarie, in cui il meccanismo di “pesi e contrappesi” messo a punto dai Costituenti potrebbe, improvvisamente, vacillare. Come è stato saggiamente osservato, “il diritto è chiamato a fronteggiare un'emergenza che è globale e locale al tempo stesso, in bilico tra due rischi: l'insufficienza delle misure, con i rischi di collasso del sistema sanitario e delle esigenze di prevenzione; oppure una eccessività delle medesime, con rischi enormi ed incalcolabili per il sistema economico e sociale”⁴⁷.....

Una pronuncia della Corte su questa delicata tematica è parsa, quindi, particolarmente proficua nell'ottica di sciogliere i palesati nodi circa la legittimità delle misure di quarantena disposte in passato, al momento attuale e, presumibilmente, nel prossimo avvenire. Ebbene, il fatto che i giudici costituzionali abbiano richiamato, in relazione alla perdurante epidemia di SARS-CoV-2, detti precedenti giurisprudenziali – e, indirettamente, dottrinali – induce a ritenere che gli stessi possano – *rectius*, debbano – essere impiegati anche nelle fasi più critiche delle parentesi emergenziali.

Posto che l'argomento di cui si discute può essere analizzato e valutato sotto molteplici e disparati profili, ciò che deve ritenersi pacifico è che Parlamento e, soprattutto, Governo sembrano aver retto, con la sola esclusione di saltuari e minori episodi, alla sfida più grande che il Paese – e, per estensione, l'intero globo – abbia affrontato dalla conclusione del secondo conflitto mondiale⁴⁸. Un dato, questo, che emerge anche dai plurimi provvedimenti emessi dalla Corte – in materia di sanità e profilassi internazionale – proprio a seguito della crisi sanitaria⁴⁹. A onor del vero, quantunque la giurisprudenza costituzionale sia parsa orientativamente

⁴⁶ Di particolare interesse, nel differenziare lo stato di “emergenza” da quello di “eccezione”, G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, in *la Repubblica*, 29 luglio 2020. Il celeberrimo giurista scrive: “L'emergenza non è l'eccezione e l'eccezione non è il grado ultimo dell'emergenza. Sono due cose diverse, anche se spesso trattate come se fossero una cosa sola. All'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità (salvare i naufraghi, spegnere l'incendio). All'eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine. Tutte le trasformazioni che non si effettuano attraverso traumi come i ribaltamenti e le rivoluzioni passano attraverso fasi intermedie costellate da eccezioni che poi, sommandosi e combinandosi, si consolidano in qualcosa (un regime politico, una situazione sociale) di nuovo. Forse un modo chiaro per sottolineare la differenza tra emergenza ed eccezione è dire così: l'emergenza è conservativa, l'eccezione è rinnovativa...”.

⁴⁷ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, fascicolo n. 2/2020, p. 2.

⁴⁸ Autorevole dottrina ha qualificato le misure predisposte per fronteggiare la pandemia di SARS-CoV-2 come “[...] la più intensa limitazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dal momento in cui questa è in vigore...”; si rimanda, in proposito, a M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, cit., p. 2.

⁴⁹ A titolo esemplificativo, è possibile richiamare la sentenza n. 37 del 2021, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. g) Cost., di alcune disposizioni contenute nella legge reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020 che affidavano al legislatore regionale la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 sul relativo territorio e al Presidente della Regione la facoltà di consentire ovvero sospendere, anche in deroga alla normativa statale, un plesso di attività personali, sociali ed economiche. Nella massima n. 43651 si legge, infatti, che “la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale, che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. Ogni decisione in tale materia, infatti, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, ha un effetto a cascata sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla...”.

compatta, non si può non interrogarsi circa l'effettiva resistenza alle subissanti pressioni registrate in piena pandemia (anzitutto, le strette alle principali libertà fondamentali, tra cui quelle analizzate nella presente nota) da parte delle istituzioni e, più in generale, dello Stato di diritto, ovvero se questa presunta “gagliardia” legislativa e governativa altro non sia che un prodotto artificioso degli stessi giudici di Palazzo della Consulta, un'ombra non dissimile da quella immaginata nel celeberrimo *Mito della caverna* da Platone⁵⁰. Detto altrimenti, occorrerebbe accertare – in diversa e più accreditata sede – se gli organi statali abbiano effettivamente risposto, nel loro agire, alle esigenze avvertite durante lo stato emergenziale, senza tuttavia travalicare i limiti che il nostro regime costituzionale (im)pone per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e per assicurare il corretto svolgimento della vita politica, economica e sociale della Repubblica.

Con ciò non si vuole certo criticare o osteggiare l'operato della Corte che, a parere di chi scrive, ha agito correttamente sia nella presente occasione che in altre, eppure alcune “pagliuzze” persistono nell'occhio di stimabili ed attenti giuristi. A ciascuno il suo pensiero, scriverebbe Sciascia⁵¹.

Ancora, nella sentenza n. 198 del 2021, la Corte si è pronunciata nel senso di negare la sussistenza di una presunta delega, ad opera del decreto-legge n. 19 del 2020, della funzione legislativa – in materia di contenimento della pandemia di SARS-CoV-2 – al Governo, per il suo esercizio tramite atti amministrativi (nella specie, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri), in violazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa enucleato agli artt. 76 e 77 Cost. Anche in questa fattispecie, i giudici di Palazzo della Consulta hanno osservato come le disposizioni censurate abbiano correttamente previsto specifiche misure di contenimento dell'emergenza sanitaria in corso, circoscrivendo così la portata della decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri al mero adattamento di quanto già stabilito in via generale da fonte primaria. Richiamando la sentenza n. 37/2021, il paragrafo 8.1.1. dispone che, “[...] nel riconoscere che la competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in esclusiva allo Stato giacché attinente alla «profilassi internazionale» ex art. 117, secondo comma, lettera *g*), Cost., questa Corte ha osservato che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell'emanazione del codice della protezione civile, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile», essendo «ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire» (sentenza n. 37 del 2021)».

⁵⁰ Cfr. PLATONE, *La Repubblica*, libro VII.

⁵¹ L. SCIASCIA, *A ciascuno il suo*, Torino, 1966.

Il delitto di maltrattamenti nelle RSA: contrasti interpretativi e profili applicativi

[Cass. pen., VI sez., sent. 15 novembre 2021, n. 41562]*

Lisa Martinelli**

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Le posizioni di garanzia. – 3. Responsabilità penale e responsabilità civile. – 4. Difficoltà processuali e considerazioni conclusive.

1. Il caso

La sesta sezione della Corte di Cassazione ha recentemente avuto occasione di pronunciarsi su una questione di grande rilevanza e attualità, che ha spesso richiamato anche l'attenzione della cronaca giudiziaria. Con la sentenza n. 41562/2021, infatti, la Corte è intervenuta in tema di delitto di maltrattamenti nei confronti di anziani ricoverati presso strutture assistenziali.

Nel caso di specie, la Corte di appello di Torino aveva riformato la sentenza del Tribunale di Vercelli, assolvendo dai reati di maltrattamenti, contestati ai sensi degli artt. 81 e 572 c.p., tre operatrici sociosanitarie (OSS) impiegate in una RSA (Struttura sanitaria assistenziale), in riferimento a condotte, reiterate nel tempo, tenute nei confronti di alcuni ospiti della struttura (fatti commessi negli anni 2016, 2017, 2018). Più precisamente, le tre imputate si occupavano dell'igiene degli anziani ricoverati presso la struttura, affetti da disturbi neuro cognitivi di varia natura.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoressa in Giurisprudenza e Tirocinante presso il Tribunale di Savona.

Sul piano processuale, va rilevato che la Corte d'Appello aveva escluso la configurabilità del delitto di maltrattamenti fondando il proprio giudizio sull'esame delle intercettazioni video-ambientali e sulle dichiarazioni delle persone offese, ritenendo che la condotta tenuta dalle imputate non integrasse gli elementi tipici del delitto, sia dal punto di vista oggettivo, considerato il carattere episodico dei fatti, sia dal punto di vista soggettivo, affermando che nel caso di specie non fosse configurabile l'elemento soggettivo del dolo finalizzato a realizzare vessazioni e soprusi nei confronti delle persone offese.

La Corte d'Appello piemontese aveva ritenuto che le condotte incriminate fossero prive del carattere della vessatorietà in quanto mancava il requisito dell'abitualità e le condotte, singolarmente esaminate, non erano qualificabili come intrinsecamente riconducibili all'ipotesi prevista dal delitto sul piano strettamente oggettivo.

Il Collegio rilevava, altresì, come sebbene le condotte fossero espressione di una scarsa preparazione professionale e costituissero comportamenti "maldestri", gli stessi erano per lo più isolati e non sorretti dalla volontà di arrecare sofferenze gratuite alle persone offese. La casa di cura – costituitasi parte civile – presentava ricorso per Cassazione deducendo il vizio di motivazione in relazione al carattere episodico dei comportamenti esaminati e all'esclusione della "valenza ambientale e generalizzata dei maltrattamenti" – riconosciuta in primo grado – che avrebbe dovuto suggerire di qualificare come penalmente rilevanti anche quelle condotte di per sé non vessatorie, ma comunque espressione di comportamenti inadeguati, inseriti in un generalizzato contesto connotato da maltrattamenti nei confronti degli ospiti.

Con la sentenza in commento, la sesta sezione della Corte di Cassazione ha dichiarato il ricorso infondato, ritenendo la motivazione della Corte territoriale congrua ed esaustiva. Ad avviso della Corte, per un verso, il motivo di ricorso si limitava a prospettare una diversa ricostruzione nel merito della vicenda, insuscettibile – dunque – di essere sottoposto al vaglio di legittimità; per altro verso, riteneva logicamente congrui e, dunque, insindacabili gli argomenti posti a fondamento della decisione di secondo grado, in quanto sorretti da una puntuale ed esaustiva analisi delle fonti di prova (videoriprese e dichiarazione delle persone offese).

Al riguardo, la Corte di Cassazione rilevava che, sebbene l'abitualità delle condotte vessatorie fosse integrata anche in riferimento a comportamenti che attingevano indistintamente alla platea dei soggetti passivi, per la configurabilità del concorso era necessario che vi fosse un contributo causale individuabile del soggetto agente, non potendo chiamare quest'ultimo a rispondere in forza di un generale contesto di appartenenza alla struttura sanitaria e in mancanza di addebiti puntuali che lo coinvolgessero.

Sul punto, la Corte di Cassazione precisava che "la descrizione della situazione generale degli anziani non delinea alcuna forma di maltrattamento ambientale, essendosi ritenuto incontestato che la condotta degli operatori sanitari non sia stata valutata come deprecabile nel suo complesso, ma al contrario adeguata dalle stesse persone offese, mentre i comportamenti di alcuni degli operatori oggetto di critiche oltre a non essere stati descritti come vessatori ma solo come poco professionali, sono risultati essere conseguenza di stanchezza

e frustrazione per l'incapacità di gestire anziani poco collaborativi e propensi anche a comportamenti provocatori verso il personale meno gradito"¹.

Dalle considerazioni della Corte emergono una pluralità di profili che meritano attenzione, che saranno esaminati nel prosieguo. In particolare, l'attualità del fenomeno e il frequente ripetersi di vicende analoghe a quella esaminata conducono ad interrogarsi sull'effettività della tutela penale rispetto a condotte di difficile individuazione ed altresì di impalpabile percezione, soprattutto ove siano realizzate in un contesto di complesse relazioni sociali e sanitarie, in cui l'assistenza morale si affianca all'obbligo di cura professionale.

2. Le posizioni di garanzia

Come si è avuto modo di anticipare, la pronuncia della Corte di Cassazione interviene in merito ad episodi che appaiono sempre più frequenti nelle strutture sanitarie di assistenza, mostrando come non sia agevole cogliere l'entità del fenomeno e i profili materiali delle condotte rilevanti ai fini del precetto penale.

Il fenomeno in questione, infatti, risulta essere piuttosto diffuso, coinvolgendo strutture di vario genere e figure professionali molto variegata: medici, infermieri, assistenti socio-sanitari, personale volontario e altre categorie di dipendenti della struttura, come testimonia la rilevante casistica giurisprudenziale².

Diversamente dai maltrattamenti in famiglia, il contesto ambientale risulta essere meno determinato e connotato da interferenze tra una pluralità di soggetti che lo rendono talvolta di difficile lettura. Sotto altro profilo, da un punto di vista oggettivo, i maltrattamenti si declinano spesso in diverse forme di incuria, che intersecano la differente disposizione dell'art. 591 c.p. In tale quadro, inoltre, assumono rilievo anche esigenze di natura organizzativa della struttura sanitaria, che spesso influiscono sulle condizioni di vita degli assistiti e sulle condizioni di lavoro dei soggetti agenti.

Per tali ragioni, l'attenzione per le condizioni di vita degli anziani ricoverati presso tali strutture deve indurre l'interprete a riflessioni che interessano una pluralità di piani, atteso che, nel medesimo scenario, si inseriscono condotte riferibili a più soggetti agenti ai danni di più persone offese.

Al riguardo, la recente pronuncia della sesta sezione della Corte permette di ripercorrere gli elementi strutturali della fattispecie avuto riguardo a contesti del tutto peculiari quali le strutture sanitarie.

Va rilevato che il primo elemento esaminato dalla Corte d'Appello, prima, e dalla pronuncia della Corte di Cassazione, successivamente, attiene al carattere episodico delle

¹ Il passo richiamato è una citazione testuale della sentenza in commento.

² Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 27/09/2021 (ud. 02/07/2021), n. 35591, in *CED 2021*; Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 24/09/2018 (ud. 30/05/2018), n. 40891 in banca dati *Wolters Kluwer*; Cass. pen. Sez. III, sentenza, 16/10/2018, n. 1508, rv. 274341-01.

condotte, di per sé, quindi, inidonee a configurare il requisito strutturale dell'abitudine, necessario ai fini della sussunzione nell'ambito del delitto di maltrattamenti.

In particolare, come è noto, il reato in questione richiede una condotta abituale di sottoposizione a sofferenze e prevaricazioni, costituenti fonte di un disagio continuo, incompatibile con le normali condizioni di esistenza³.

Non sono, quindi, sufficienti singoli atti lesivi dell'incolumità personale, occorrendo che tali azioni siano riconducibili a una più ampia condotta abituale, idonea a porre la vittima in uno stato di vessazione⁴.

Sul punto è, però, opportuno precisare come il complesso degli atti rilevanti non sia costituito unicamente da ipotesi di per sé integranti fattispecie criminose, ma altresì da atti di disprezzo e offesa della dignità morale della vittima⁵.

Ai fini del perfezionamento del reato è, quindi, necessario raggiungere una soglia minima, in cui le condotte siano collegate da un nesso di abitudine⁶.

In altri termini, la necessaria abitudine delle condotte ai fini del perfezionamento del reato di maltrattamenti esclude la rilevanza di atti sporadici, essendo necessario il persistere di un'azione vessatoria. D'altra parte, la circostanza che le condotte lesive siano discontinue ed alternate a momenti connotati dall'assunzione di atteggiamenti benevoli nei confronti della vittima⁷ non impedisce l'eventuale configurabilità dell'azione abituale⁸.

In questa prospettiva, pertanto, le condizioni mortificanti in cui si viene a trovare la vittima e l'atteggiamento vessatorio dell'autore del reato possono essere colte non tanto e non solo dalle singole condotte, dovendo, piuttosto, essere desunte dal clima generale in cui si colloca la relazione vittima-agente.

Sul punto, dalla sentenza qui commentata, emerge come il ricorrente abbia utilizzato la significativa espressione "*maltrattamento ambientale*" in riferimento al contesto presente nella struttura sociosanitaria definito come generalmente vessatorio in virtù delle diverse condotte tenute dagli operatori della struttura.

³ Cass. pen., Sez. II, sentenza, 08/03/2013 (ud. 06/12/2012), n. 10994, rv. 255172.

⁴ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 09/10/2018 (dep. 07/02/2019), n. 6126, rv. 275033-01.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 8/10/2013, n. 44700 in *Guida dir.*, 2013, n. 47, p. 80; A. BECCU, *L'abitudine del reato di maltrattamenti in famiglia e i suoi corollari* - Nota a Cass., Sez. F, 13 agosto 2019 (dep. 14 agosto 2019), n. 36132, Pres. Sabeone, Rel. Paziienza; in *Sistema penale*, 2020, n. 7. Il delitto di maltrattamenti è reato abituale proprio, ove la condotta singola è o può essere penalmente irrilevante. Il reato abituale proprio si distingue dal reato abituale improprio, ove la condotta singola è sempre penalmente rilevante, come - a mero titolo esemplificativo - il delitto di relazione incestuosa ex art. 564 comma 2.

⁶ Sul punto, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che le condotte successive al perfezionamento del reato, qualora siano seguite - dopo un notevole intervallo di tempo - da ulteriori condotte maltrattanti, queste possano essere oggetto di continuazione ai sensi dell'art. 81 c.p., ove sussista un medesimo disegno criminoso. Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 19/10/2017 (dep. 20/12/2017), n. 5696, in *Famiglia e diritto*, 2018.

⁷ Cass. pen., Sez. III, sentenza, 22/11/2017 (dep. 12/02/2018), n. 6724, in Rv. 272452; Corte d'Appello di Ancona, sentenza, 13/09/2021, n. 1203.

⁸ Cass. pen., Sez. VI, Sent., (data ud. 04/11/2021) 17/01/2022, n. 1598; Tribunale di Taranto, Sez. I, sentenza, 15/12/2021, n. 1580; Cass. pen., Sez. III, 22/11/2017 (dep. 12/02/2018), n. 6724, *cit.*

A tale proposito, l'abitudine delle condotte si interseca con il concorso di più soggetti e la realizzazione di condotte attive e omissive.

Più precisamente, l'esame del delitto di maltrattamenti all'interno di strutture sanitarie impone di confrontarsi con una questione che assume rilievo centrale sotto il profilo interpretativo, ossia quella della rilevanza, ai fini del perfezionamento del reato, di condotte omissive e non solo attive, nonché dell'eventuale concorso omissivo di altri soggetti, rappresentato dal mancato impedimento dell'evento lesivo che si aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Sotto il primo profilo, relativo al reato omissivo, deve essere rilevato come la dottrina è stata per lungo tempo divisa tra la tesi formale, secondo la quale è necessario un fondamento normativo dell'obbligo di garanzia e una tesi sostanziale focalizzata sull'effettiva presa in carico del bene giuridico protetto⁹.

In tempi più recenti, la giurisprudenza ha accolto la teoria mista, nella quale si combinano profili formali e sostanziali, così attribuendo rilevanza all'effettiva presa in carico da parte del garante della situazione di pericolo che richiede la tutela rafforzata di determinati beni giuridici¹⁰. Al riguardo, la giurisprudenza ha sintetizzato la teoria della posizione di garanzia affermando che – affinché sorga una posizione di garanzia – è necessario che *“vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo il titolare non è in grado di proteggere; che una fonte giuridica (anche negoziale) abbia al fine della sua tutela; che tale obbligo gravi su una o più specifiche persone; che queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno preso in carico”*¹¹.

Sul punto, si richiama altresì una recente sentenza della Corte di Cassazione, la quale precisa che *“come tutti gli operatori sanitari di una struttura sanitaria, quale è una R.S.A., l'infermiere – e valga anche per l'operatore sanitario – è ex lege portatore di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto dagli artt. 2 e 32 Cost. nei confronti dei pazienti, la cui salute egli deve tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità”*¹².

Fermo quanto sopra, si rileva, però, come la giurisprudenza tenda spesso a identificare la fonte della posizione di garanzia del sanitario anche in situazioni di mero fatto, ritenendo sufficiente l'instaurazione della relazione terapeutica tra sanitario e paziente¹³.

⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, pp. 277 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 176 ss.

¹⁰ Cass. pen., Sez. I, sentenza 07/02/2020 n. 9049, in *Sistema Penale* e Cass. pen., Sez. V, sentenza, 03/05/2021 n. 27905.

¹¹ Cass. pen., Sez. IV, sentenza 04/11/2010, n. 38991, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010; vedi anche Cass. pen., Sez. IV, sentenza, 04/7/2022, n. 25327.

¹² Cass. pen., Sez. IV, sentenza, 29/01/2021, n. 16132, in *Quotidiano Giuridico*, 2021.

¹³ C. SALE, *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali* - Nota a Cass. pen., Sez. IV, ud. 29 gennaio 2013 (dep. 19 febbraio 2013), n. 7967, Pres. Brusco, Est. Montagni, imp. Fichera, in *Diritto penale Contemporaneo*, 29 giugno 2013.

Gli interpreti distinguono, poi, le posizioni di garanzia in posizioni di protezione e posizioni di controllo. Le prime impongono la protezione del bene dai rischi che possono lederne l'integrità, mentre le seconde esigono la neutralizzazione della fonte di pericolo che si ha sotto la propria sfera di controllo¹⁴.

In relazione ai delitti di maltrattamenti all'interno delle strutture assistenziali emergono entrambe le posizioni: le prime sono rinvenibili nei sanitari in riferimento alla necessità di cura e assistenza dei pazienti; le seconde sono invece maggiormente configurabili in capo ai vertici responsabili della gestione e organizzazione della struttura.

Al riguardo, si precisa, inoltre, come ai fini della configurabilità della posizione di garanzia la prevalente giurisprudenza richieda la concreta esistenza di poteri impeditivi, che possono anche concretizzarsi in obblighi differenti e di minore efficacia rispetto a quelli direttamente e specificamente volti ad impedire il verificarsi dell'evento¹⁵.

In altri termini, l'obbligo di protezione, che impone la tutela del bene da eventuali rischi nonché l'obbligo di controllo, in relazione a determinate fonti di rischio, non richiedono l'esistenza di poteri impeditivi "assoluti", essendo sufficiente l'esistenza di poteri concretamente esigibili dal soggetto¹⁶.

Sul punto, si richiama la consolidata giurisprudenza secondo cui "*ai fini dell'operatività della così detta "clausola di equivalenza" di cui all'art. 40, comma 2, c.p., non è necessario che il titolare della posizione di garanzia sia direttamente dotato dei poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, essendo sufficiente che egli disponga dei mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad impedire l'evento dannoso*"¹⁷.

Tale affermazione assume particolare rilievo in relazione ai possibili interventi normativi – esaminati nel prosieguo – da adottare per la gestione e prevenzione del fenomeno esaminato, orientati alla previsione di protocolli, di linee guida e "buone pratiche" che complessivamente considerati sfavoriscano il configurarsi e il perdurare di condotte omissive lesive dell'integrità fisica e psicologica dei pazienti.

L'individuazione delle posizioni di garanzia all'interno di strutture assistenziali comporta l'ulteriore necessità di determinare – in concreto – l'effettiva titolarità del potere/dovere di protezione e di gestione della specifica fonte di pericolo di lesione del bene¹⁸. Più precisamente, a fianco della possibile condotta omissiva del sanitario – integrante il delitto di maltrattamenti in presenza dei requisiti previsti dall'art. 572 c.p. – si pone l'eventuale po-

¹⁴ C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 205 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁵ Cass. pen., Sez. IV, sentenza, 10/06/2010 n. 38991, *cit.*; Caterina Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 642.

¹⁶ F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 278 ss.

¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, sentenza 05/10/2018, n. 47794, Rv. 274357.

¹⁸ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco – l'obbligo di vigilare come regola cautelare*, in *Itinerari di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 31 ss.; Cass. pen., Sez. IV, sentenza, 19/06/2019, n. 38624, Rv. 277190.

sizione di soggetti apicali, dotati di poteri di gestione e organizzazione e quindi titolari di una posizione di garanzia giuridicamente rilevante, tale da consentire di configurare una responsabilità colposa per fatto omissivo per mancata o inadeguata organizzazione (c.d. “colpa da organizzazione”), derivante dall’inottemperanza all’obbligo di adottare le cautele organizzative e gestionali necessarie a prevenire la commissione di reati, sempre che questi non siano ascrivibili esclusivamente al medico e/o ad altri operatori della struttura¹⁹. Le due differenti posizioni di garanzia rimangono autonome e possono coesistere sicché l’eventuale accertamento della responsabilità dei soggetti apicali non esclude – di per sé – la responsabilità del sanitario. Sul punto, è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha espressamente affermato che *“una volta acclarata la posizione di garanzia ricoperta dall’autore del fatto, eventuali ulteriori condotte o fattori che si innestino nel meccanismo causale sono di regola irrilevanti. Al riguardo, infatti, occorre richiamare il consolidato principio di questa Corte secondo cui, in caso di condotte colpose indipendenti, non può invocare il principio di affidamento l’agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l’altrui condotta colposa, poiché la sua responsabilità persiste in base al principio di equivalenza delle cause, salva l’affermazione dell’efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che presenti il carattere di eccezionalità e imprevedibilità”*²⁰.

Sotto il secondo profilo, relativo al concorso di persone mediante omissione, si rileva come – anche in tale caso – sia necessario che il soggetto che omette la condotta doverosa sia titolare di una posizione di garanzia avente ad oggetto l’impedimento di reati commessi da terzi. In altri termini, assume rilevanza l’art. 40 comma 2 c.p. in combinato disposto con l’art. 110 c.p., ove il termine evento assume un’accezione giuridica piuttosto che naturalistica²¹.

Come esaminato in precedenza, anche in tale caso sono distinguibili posizioni di garanzia c.d. di protezione e posizioni di garanzia c.d. di controllo.

Nel primo caso, assume rilievo la posizione del sanitario che non impedisce la condotta maltrattante del collega pur essendone a conoscenza; il secondo caso, invece, è configurabile nel soggetto che riveste una posizione apicale nell’organizzazione della struttura sanitaria che non impedisce le violenze commesse dai sanitari ad esso sottoposti.

In tali contesti assume inoltre particolare rilievo il dolo di partecipazione. In particolare, è necessario che il soggetto abbia la volontà di commettere il fatto di reato e la rappresentazione e volontà di concorrere con altri soggetti. Tali, infatti, sono i requisiti ai fini dell’applicabilità delle norme sul concorso di persone nel reato. Sul punto, però, la giuri-

¹⁹ Cass. pen, sez. IV, sentenza, 19/02/2019 n. 32477, Rv. 276708; A. DIURNI, *Gli eventi dannosi*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 318 ss.

²⁰ Sez. pen., Sez. IV, 10/10/2017, n. 50038 Rv. 271521.

²¹ C.F. GROSSO *et al.*, *op. cit.*, pp. 519 ss.

sprudenza precisa come non sia richiesto né un previo accordo tra i concorrenti né che tutti i concorrenti siano consapevoli di concorrere con altri soggetti.

Quest'ultima situazione è facilmente riscontrabile in strutture complesse come quelle sanitarie, ove è possibile distinguere soggetti che – privi della consapevolezza di concorrere con altri – risponderanno ai sensi della fattispecie monosoggettiva e soggetti che – anche mediante omissione – non impediscono (e quindi permettono) la condotta altrui ai quali si applicheranno le norme su concorso di persone nel reato²².

Fermo quanto sopra, occorre però rilevare come in tema di concorso di più soggetti nel delitto di maltrattamenti, la giurisprudenza di legittimità non sia unanime.

Si registrano, infatti, pronunce conformi a quella esaminata, ove la Corte afferma che *“un generalizzato clima di vessazione e di indifferenza nei confronti dei bisogni primari degli assistiti non esime dalla rigorosa individuazione degli autori delle varie condotte, in quanto il carattere personale della responsabilità penale impedisce che il singolo operatore sanitario, in mancanza di addebiti puntuali che lo riguardano, possa essere chiamato a rispondere, sia pure in forma concorsuale omissiva, del contesto in sé considerato, anche nel caso in cui da tale contesto egli tragga vantaggio in termini di alleggerimento dei propri compiti”*²³.

Dunque, se da un lato non è rilevante accertare il soggetto passivo vittima delle diverse e ripetute condotte vessatorie – integranti il requisito dell'abitudine – dall'altro lato, è necessario appurare chi sia il soggetto agente responsabile delle singole condotte attraverso l'individuazione dei concreti apporti causali²⁴, non potendo affermarsi una responsabilità penale del singolo in ragione della mera partecipazione al contesto in cui è inserito.

In senso parzialmente diverso, si esprime altro orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁵, secondo cui – pur dovendosi confermare il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale – il delitto di maltrattamenti deve ritenersi perfezionato ove vengano in rilievo contesti caratterizzati da condotte connotate da un'intrinseca capacità lesiva, idonee a collocare la vittima in una condizione di vessatoria soggezione.

In altri termini, i due diversi orientamenti giurisprudenziali se da un lato non appaiono divergere in merito alla necessità di individuare specifici contributi causali in capo ai singoli soggetti che concorrono alla commissione del reato, dall'altro pervengono a soluzioni opposte con riferimento alla possibilità di attribuire rilevanza causale alla condotta omissiva. Tale divergenza interpretativa, lungi dal restare confinata a mera disputa dogmatica, risulta foriera di rilevanti conseguenze sul piano applicativo, con specifico riguardo alla possibilità di riferire l'art. 572 c.p. a contesti come le strutture sanitarie, ove la tendenziale

²² *Ibidem*.

²³ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 27/09/2021 (ud. 02/07/2021), n. 35591 in *cit*.

²⁴ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 10/12/2015, n. 7760.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 18/01/2022 (ud. 23/11/2021), n. 2088; Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 24/09/2018 (ud. 30/05/2018), n. 40891 *cit*.

totalità dei soggetti operanti nella struttura sanitaria medesima – salvo specifiche eccezioni – è rappresentata da personale qualificato, tenuto al rispetto di doveri di cura e assistenza, nonché all’osservanza di specifiche linee guida sanitarie.

La giurisprudenza orientata a individuare il delitto di maltrattamenti nei confronti di soggetti che, rivestendo una posizione di garanzia ed essendo inseriti in un ambiente caratterizzato da un contesto di generale vessatorietà, non impediscono l’evento, può essere accostata a un altro orientamento maturato in diverso contesto. Sul punto, infatti, si può fare riferimento alla giurisprudenza in tema di maltrattamenti negli istituti scolastici di vario ordine e grado, ove si legge l’affermazione secondo cui “è necessario e sufficiente che il soggetto, tenuto ad attivarsi per impedire l’evento lesivo, abbia conoscenza dei presupposti fattuali del dovere di attivarsi per impedire tale evento e si astenga, con coscienza e volontà, dall’attivarsi, con ciò volendo o prevedendo l’evento”²⁶.

Dalle considerazioni che precedono, si può dunque cogliere un parziale contrasto giurisprudenziale, relativo alla c.d. “responsabilità da contesto” e alla diversa sensibilità in ordine all’adeguata valorizzazione delle condotte omissive dei soggetti coinvolti.

Risulta, in questa prospettiva, pacifico che il requisito dell’abitudine delle condotte, ove vengano in rilievo ambienti in cui operano una pluralità di soggetti, può considerarsi integrato anche da condotte tenute nei confronti di diverse persone offese e imputabili a più soggetti agenti, a prescindere dalla pluralità di vessazioni concretamente subite dalle singole vittime²⁷. In altri termini, il requisito dell’abitudine può, quindi, essere apprezzato anche sulla base di una pluralità di condotte tenute nei confronti di una pluralità di vittime complessivamente considerate, fondando una valutazione incentrata più sull’autore del reato che sull’identità del soggetto passivo.

Al contrario, rimane controversa la questione relativa alla configurabilità del delitto di maltrattamenti in riferimento al concorso omissivo e alla difficoltà concreta di attribuire alle condotte omissive rilevanza casuale rispetto all’evento lesivo.

3. Responsabilità penale e responsabilità civile

La pronuncia della Corte offre l’occasione per affrontare un’ulteriore questione rilevante in riferimento al delitto di maltrattamenti all’interno di strutture sociosanitarie.

Queste ultime – la cui qualifica varia da regione a regione²⁸ – possono garantire livelli diversi di assistenza e, quindi, ospitare persone con problemi sanitari di diversa complessità. Elemento comune alle diverse strutture è, però, rappresentato dalla presenza di personale

²⁶ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 09/03/2018 (ud. 01/02/2018), n. 10763 in *Quotidiano giuridico*, 2018.

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 13/03/2017 (ud. 15/02/2017), n. 11956 in *Quotidiano giuridico*, 2017.

²⁸ Le strutture assistenziali vengono indicate con sigle e nomi differenti da regione a regione. I servizi prestati e l’assistenza fornita possono, quindi, variare tra le regioni, anche all’interno di strutture con la medesima denominazione. V. Art.

qualificato, quali OSS, infermieri e medici, tenuti al rispetto di determinati doveri di cura e assistenza, nonché ad agire in conformità a specifiche linee guida.

Tale profilo risulta di particolare interesse in merito alla pronuncia esaminata, ove la Corte di Cassazione, richiamando la motivazione della Corte d'Appello di Torino, definisce le condotte non come vessatorie, ma solo come *“poco professionali”* e *“conseguenza di stanchezza e di frustrazione per l'incapacità di gestire anziani poco collaborativi e propensi anche a comportamenti provocatori verso il personale meno gradito”*²⁹.

Dunque, a prescindere dall'esame della vicenda di merito, estraneo al giudizio della Corte di legittimità, si segnala come, a parere della Suprema Corte, la mancanza di una professionalità adeguata costituisca elemento utile ad escludere la configurabilità dell'elemento soggettivo del dolo in capo ai soggetti agenti.

Più precisamente, la vessatorietà delle condotte – rappresentata dalla volontà o dall'accettazione di ledere l'altrui dignità – è stata esclusa nella vicenda esaminata dalla Corte, affermando come le condotte non fossero espressione di una volontà di ledere, ma piuttosto conseguenza di un'incapacità professionale dei soggetti agenti a gestire gli assistiti.

È interessante rilevare che il richiamo all'incapacità professionale e alla scarsa preparazione del personale impiegato nella struttura sanitaria comporta la possibilità che tali condotte – pur non integrando il delitto di maltrattamenti, per difetto dell'elemento soggettivo – possano condurre a una responsabilità di natura civile.

Va, infatti, rilevato che, qualora le condotte non siano finalizzate ad arrecare sofferenze alle persone offese, ma siano il risultato di un'incapacità dei soggetti agenti di svolgere i compiti loro assegnati nonché della disorganizzazione della struttura socio-assistenziale, l'eventuale danno ingiusto arrecato alle vittime può essere fonte di responsabilità civile, sebbene il fatto di per sé non integri reato.

Ne consegue che vicende quali quella esaminata dalla sesta sezione possono condurre alla responsabilità extracontrattuale del sanitario e alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria coinvolta per l'eventuale danno ingiusto arrecato alle vittime. In particolare, in ambito civile la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria permette di riconoscere un'ampia tutela all'assistito, sia dal punto di vista della prescrizione sia da quello dell'onere probatorio – gravante sulla struttura sociosanitaria.

Al riguardo, si consideri altresì che la nozione di maltrattamenti penalmente rilevante ai sensi dell'art. 572 c.p. è parzialmente differente da quella accolta in ambito sanitario, e dalla quale può derivare – nel concreto – un danno ingiusto risarcibile. In particolare, l'OMS definisce i maltrattamenti come *“un'azione singola o ripetuta, oppure l'assenza di un'azione adeguata, che causa danni o sofferenza a una persona anziana, nell'ambito di una relazione in cui c'è un'aspettativa di fiducia. Questo tipo di violenza costituisce una*

29 e art. 30 del dPCM 12 gennaio 2017 - Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. www.salute.gov.it

²⁹ Il passo richiamato è una citazione testuale della sentenza in commento.

violazione dei diritti umani e include gli abusi di natura fisica, sessuale, psicologica, emotiva, economica e materiale, l'abbandono, l'incuria e le gravi forme di perdita di dignità e di rispetto"³⁰.

Tale definizione ha certamente una portata più ampia e generica di quella accolta dall'art. 572 c.p. e può comprendere al suo interno anche la diversa condotta di abbandono di persone incapaci ex art. 591 c.p.

Tra le due nozioni vi sono certamente elementi comuni, quali la rilevanza tanto di una condotta attiva quanto omissiva; la preesistenza di un rapporto qualificato tra il soggetto agente e la vittima e, infine, la lesione della dignità fisica e morale della persona offesa. Invero, la giurisprudenza³¹ è consolidata nell'affermare che il bene giuridico tutelato dall'art. 572 c.p. – come parimenti previsto dall'OMS – è la personalità del singolo soggetto, vittima diretta o indiretta dei maltrattamenti.

Vi sono però altrettanti profili divergenti, ove condotte concretamente lesive dal punto di vista medico sanitario non raggiungono la soglia del penalmente rilevante. In particolare, ai sensi dell'art. 572 c.p., la condotta di maltrattamenti implica necessariamente l'abitudine della sottoposizione a sofferenze e prevaricazioni, costituenti fonte di un disagio continuo, incompatibile con le normali condizioni di esistenza³². Ai fini del precetto penale non sono, quindi, sufficienti singoli atti lesivi dell'incolumità personale, come previsto dall'OMS, ma è necessario che tali atti siano componenti di una più ampia condotta abituale, idonea a porre la vittima in uno stato di vessazione.

Ulteriore profilo di distonia tra la nozione di maltrattamenti in ambito sociosanitario e quella penalmente rilevante attiene al profilo delle c.d. malpratiche, genericamente richiamate dalla pronuncia della sesta sezione come "*incapacità professionale*" e costituenti uno dei principali rischi clinici³³ per i soggetti ricoverati presso le strutture assistenziali³⁴.

Con malpratiche si intende quel generale complesso di comportamenti, distanti dalle linee guida di settore e conseguenza di una scarsa formazione tecnico-specialistica, nonché di una disorganizzazione della struttura sanitaria³⁵.

Queste sono espressamente ricomprese nella definizione dell'OMS, la cui nozione di condotta è strettamente incentrata sul bene giuridico leso.

³⁰ Ministero della Salute - Direzione generale della comunicazione e dei rapporti europei ed internazionali, "Informativa OMS – n. 357: maltrattamenti agli anziani", 2014.

³¹ Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 12/01/2016, n. 2625; Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 18/09/2020, n. 29542.

³² Cass. pen., Sez. II, sentenza, 08/03/2013 (ud. 06/12/2012), n. 10994, *cit.*

³³ Relativamente alla dimensione sociosanitaria, il rischio clinico indica la possibilità di provocare un danno a seguito di una prestazione sanitaria o assistenziale. D.B. KAPLAN, B.J. BERKMAN, *Abuso sugli anziani*, in *Manuale MSD*, 2021 (voce disponibile al link: <https://www.msmanuals.com/it-it/professionale/geriatria/disturbi-della-deambulazione-negli-anziani/disturbi-della-deambulazione-negli-anziani#top>).

³⁴ L. CANCELLIERE, P. COCCARO, A. GRILLO, E. GUGLIELMUCCI, *Abuso e maltrattamento agli anziani: i risultati di un'indagine in RSA*, in *I luoghi della Cura*, 2021, n. 3.

³⁵ M. MONTELEONE, *La tutela dell'anziano in famiglia e nei luoghi di ricovero*, in *Giur. merito*, 2011, n. 12, p. 3007B.

Diversamente, nella fattispecie penalistica, occorre attribuire rilievo all'azione che, talvolta, può non essere sorretta dalla volontà di arrecare pregiudizio, essendo piuttosto il risultato di mere condotte colpose derivanti dall'inidoneità professionale degli operatori sanitari, di per sé non integranti il delitto di maltrattamenti.

Per tale ragione, sul piano concreto, dinanzi a condotte sostanzialmente pregiudizievoli, ma non idonee a integrare il delitto di maltrattamenti, la responsabilità civile – del sanitario e della struttura di assistenza – può intervenire a colmare, almeno parzialmente, i vuoti di tutela che, diversamente, residuerebbero.

4. Difficoltà processuali e considerazioni conclusive

Come sopra illustrato, la recente pronuncia della Corte di Cassazione ha offerto l'opportunità di ripercorrere le questioni più rilevanti emerse in tema di delitto di maltrattamenti all'interno delle strutture sociosanitarie, consentendo di focalizzare l'attenzione sulle peculiarità specifiche che caratterizzano il particolare contesto di dette strutture.

La pluralità di soggetti coinvolti – sia dal lato attivo sia da quello passivo – e la peculiarità delle condizioni dei soggetti medesimi non agevolano l'emersione del fenomeno e il conseguente intervento dell'autorità giudiziaria.

Conseguentemente, oltre alle questioni di natura strettamente sostanziale, che si è cercato di illustrare, relative alla necessità di adattare i singoli elementi della fattispecie al particolare contesto di cui si tratta, emergono altresì plurimi profili problematici di carattere processuale.

Il soggetto ricoverato è, infatti, da ritenersi tendenzialmente un soggetto c.d. ultrafragile, affetto da malattie di carattere fisico e psichico. Lo stesso stato di ricovero e parziale isolamento dai propri affetti costituisce un ulteriore elemento di debolezza, che si aggiunge alla già precaria condizione di tali soggetti³⁶, che appare, peraltro, aggravata ulteriormente dalla pandemia Covid-19 e dalle conseguenti misure di protezione, che hanno condotto a una quasi totale chiusura di tali strutture rispetto al mondo esterno.

Tali misure certamente hanno aggravato la possibilità di emersione di fenomeni di violenza, ove i ricoverati – come potenziali persone offese – dipendono totalmente, per ogni esigenza, dal personale sanitario.

Ciò consente di evidenziare l'ulteriore fondamentale problema, che, appunto, travalica il profilo sostanziale e attiene alle difficoltà di carattere processuale, in considerazione della circostanza che l'anziano, in condizioni peraltro di minorità, è al tempo stesso vittima e testimone. Può delinearsi così il fenomeno della c.d. “doppia vittimizzazione”³⁷: da un la-

³⁶ C. BERIOTTO, *La violenza contro gli anziani: la percezione del fenomeno e l'impatto psicologico sugli operatori sanitari*, in *L'infermiere*, 2021, pp. 15-19.

³⁷ M. MONTELEONE, *op. cit.*

to, l'inaffidabilità della dichiarazione delle persone offese mina l'attendibilità delle accuse, dall'altro lato, una distorta fiducia delle vittime rispetto alle condotte dei soggetti agenti può influire sul giudizio di responsabilità, inducendo ad escludere il carattere vessatorio delle stesse. Al riguardo, devesi, infatti, constatare come spesso gli anziani ricoverati siano restii a denunciare gli abusi subiti: per un verso, essi risultano poco propensi ad ammettere l'abuso, atteso che subentrano ingiustificati sentimenti di vergogna, nonché paura di ritorsioni e altresì desiderio di protezione nei confronti del soggetto agente, considerato molto spesso l'unica figura di riferimento quotidiana. Sotto diverso profilo, i maltrattamenti possono concretizzarsi in condotte di impalpabile percezione.

Per tali ragioni, si stima che un anziano ricoverato su sei abbia subito episodi di abuso³⁸, ma che solo un caso su ventiquattro venga effettivamente segnalato e portato a conoscenza dell'autorità giudiziaria³⁹.

Dunque, l'attualità e la consistenza del fenomeno suggeriscono l'opportunità di un intervento specifico in termini di prevenzione di episodi di abuso e di maltrattamento in strutture sociosanitarie e – comunque – appare evidente l'assoluta necessità di una maggiore presa di coscienza collettiva della rilevanza del fenomeno stesso.

Al riguardo, infatti, pare opportuno un intervento normativo su due fronti.

Il primo – di carattere preventivo – finalizzato alla stesura di protocolli a livello nazionale tra le diverse parti sociali coinvolte: Ministero della Salute, Asl locali, cooperative e società di gestione delle strutture nonché i sindacati dei lavoratori. Emerge, infatti, come la scarsa preparazione professionale, le precarie condizioni di lavoro, il numero insufficiente del personale e il conseguente eccessivo carico di lavoro rappresentino le condizioni idonee a consentire il configurarsi di maltrattamenti e malpratiche lesive della dignità dei pazienti. Pare, quindi, necessario definire precise linee guida a livello nazionale che definiscano i parametri e le modalità di svolgimento delle mansioni (non solo dei medici ma altresì del personale infermieristico e oss) nonché la necessità di prevedere periodici corsi di aggiornamento del personale relativi, per un verso, alle cd. "buone pratiche" e allo svolgimento delle mansioni in modo corretto e rispettoso della dignità dei pazienti⁴⁰; per altro verso, finalizzati alla gestione di situazioni di stress e cd. *burnout*, affinché le stesse non si riversino nella modalità di trattamento dei pazienti⁴¹. Tale aspetto, emerge in modo estremamen-

³⁸ Ministero della Salute - Direzione generale della comunicazione e dei rapporti europei ed internazionali, "Informativa OMS – n. 357: maltrattamenti agli anziani", 2014.

³⁹ C. BERIOTTO, *op. cit.*

⁴⁰ Sul punto si veda Canton Ticino, Ufficio del medico cantonale-Ufficio degli anziani e delle cure a domicilio, *Sospetto maltrattamento: linee guida e protocollo di gestione*, giugno 2019 (protocollo finalizzato a uniformare a livello cantonale gli elementi teorici di riferimento e la prassi da adottare in caso di sospetto maltrattamento verso le persone anziane, allo scopo di fornire alle direzioni sanitarie e amministrative un valido strumento per affrontare tali situazioni).

⁴¹ C. BERIOTTO, *op. cit.*

te chiaro dalla sentenza esaminata, ove la stessa Corte di Cassazione richiama l'incapacità professionale delle dipendenti nonché l'incapacità di gestione dei pazienti assistiti⁴².

Il secondo intervento dovrebbe essere, invece, di carattere strettamente giuridico, che tenga in considerazione le peculiarità del fenomeno – attesa la particolare vulnerabilità delle persone offese. Oltre alle segnalate divergenze interpretative emerse in relazione ai singoli elementi della fattispecie, la ricorrenza di episodi analoghi a quello esaminato dalla sesta Sezione pone infatti l'esigenza di riflettere su soluzioni che consentano di intervenire anche sui profili processuali che connotano tali vicende, al fine di assicurare l'effettiva tutela del bene giuridico protetto dalla norma, ossia la dignità fisica e morale della persona offesa.

⁴² Al riguardo si segnala il protocollo della Regione Lazio siglato in data 25 giugno 2022.

Considerazioni a margine della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*

[Supreme Court of the United States, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, no. 19-1392, 597 US_(2022), June 24, 2022)]

Aristide Canepa**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso che ha provocato il giudizio – 3. Il percorso argomentativo della sentenza. – 4. I punti di forza della sentenza. – 5. I profili problematici della sentenza. – 6. I problemi istituzionali sullo sfondo.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Per la Costituzione degli Stati Uniti, si è utilizzata la traduzione italiana contenuta in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee. I. Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 9-28. Salvo diversa specificazione, le altre citazioni testuali dall'inglese e dallo spagnolo sono tradotte dall'a. e la data di ultima consultazione dei siti citati è il 4 agosto 2022.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova, aristide.canepa@unige.it.

1. Introduzione

Il 24 giugno 2022, la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha emesso la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, che ha comportato una radicale mutazione della giurisprudenza affermata dalla Corte stessa in materia di aborto, a partire dalla precedente sentenza *Roe v. Wade* del 1973², poi emendata in parte, ma confermata nella filosofia di fondo, dalla sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992³.

La sentenza ha suscitato reazioni emotive molto profonde, sia negli Stati Uniti che nel resto del mondo, anche in conseguenza della brutale semplificazione, cui vanno generalmente soggette le decisioni giurisdizionali di qualunque tribunale, nella comunicazione di massa. È infatti assai difficile, anche per il giornalista più rigoroso, condensare in poche righe il contenuto e soprattutto il complesso percorso argomentativo che supporta generalmente una sentenza: e basti pensare che nel caso in oggetto la sola sentenza in senso stretto (*opinion of the Court*) è di 79 pagine, cui si aggiungono 8 pagine di esposizione abbreviata (*syllabus*), 29 pagine di appendici storico-documentali⁴, 31 pagine di opinioni concorrenti⁵ e ben 66 pagine di opinioni dissenzienti⁶.

Inoltre, il surriscaldamento del clima emotivo nell'opinione pubblica è naturalmente legato alla delicatezza ed alla sensibilità dell'argomento trattato, che comporta implicazioni etiche, filosofiche, religiose e politiche di grande importanza. Giova quindi procedere ad un'analisi, per quanto possibile passionata, dell'effettivo contenuto di una sentenza che, la si condivida o meno, può a buon titolo essere definita storica, per l'entità del *revirement* giurisprudenziale in essa contenuto, ma che, come si avrà modo di vedere nelle prossime pagine, pur revocando esplicitamente le precedenti sentenze *Roe* e *Casey* citt., non fa affatto *tabula rasa* della possibilità per le donne di ricorrere all'interruzione volontaria di

¹ Per esteso, *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. __ (2022). Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line* sul sito della Corte suprema, all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

² Per esteso, *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*, No. 70-18, 410 U.S. 113 (1973), del 22 gennaio 1973. Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line*, tra gli altri, sul sito della Biblioteca del Congresso, all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>.

³ Per esteso, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*, No. 91-744, 505 U.S. 833 (1992), del 29 giugno 1992. Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line*, tra gli altri, sul sito della Biblioteca del Congresso, all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>.

⁴ L'appendice A contiene una ricognizione delle leggi statali in materia di aborto, che lo criminalizzavano ad ogni stadio della gestazione, negli Stati esistenti nel 1868; l'appendice B analogica ricognizione sulle leggi dei Territori federali poi divenuti Stati e del Distretto di Columbia. La finalità di tali panoramiche storiche verrà illustrata nel corso del presente lavoro.

⁵ Si tratta delle opinioni concorrenti dei giudici Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, nonché dell'opinione concorrente *in the judgment* (sul dispositivo finale – la conformità a Costituzione della legge in esame – ma non sull'intero percorso argomentativo della sentenza) del *Chief Justice* John Roberts.

⁶ In questo caso, si tratta di una sola opinione dissenziente, firmata congiuntamente dai giudici Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ed Elena Kagan.

gravidanza, rinviando invece alla sede legislativa (dei singoli Stati) l'adozione della normativa in materia.

2. Il caso che ha provocato il giudizio

Nel marzo 2018, il Parlamento dello Stato del Mississippi aveva adottato una nuova legge sull'aborto (*Gestational Age Act*, MS Code § 41-41-191 (2019)), nella quale si stabiliva il divieto di praticare aborti oltre la quindicesima settimana di gestazione, salvo per gravi casi di emergenza medica o di anomalia fetale. Queste due ipotesi erano poi dettagliate dall'art. 3, lett. *b*) e *j*), della legge stessa, dove si stabiliva che per «*severe fetal abnormality*» dovesse intendersi una «condizione fisica di pericolo di vita che, secondo ragionevole giudizio medico, nonostante la somministrazione di cure mediche salvavita, sia incompatibile con la vita fuori dall'utero», mentre per «*medical emergency*» dovesse intendersi «una condizione in cui, sulla base del giudizio clinico in buona fede del medico, un aborto sia necessario per preservare la vita di una gestante, messa in pericolo da un disturbo fisico, una malattia fisica o un danno fisico, inclusa una condizione fisica di pericolo di vita derivante dalla gestazione stessa, o qualora la continuazione della gestazione comporti un serio rischio di menomazione sostanziale ed irreversibile di un'importante funzione corporale».

Le disposizioni del *Gestational Age Act*, *mutatis mutandis*, avvicinavano la disciplina sull'aborto del Mississippi a quella italiana, risultando però più restrittive nella misura in cui, per l'aborto oltre le quindici settimane di gestazione, prendevano in considerazione solo problemi fisici della gestante o del nascituro e non anche i rischi per la salute psichica della donna (v. invece l'art. 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, italiana).

Tuttavia, tale disciplina risultava nettamente più restrittiva rispetto ai canoni stabiliti dalla Corte suprema nella sent. *Roe v. Wade* cit. e potenzialmente discutibile alla luce del divieto di porre un «indebito gravame» (*undue burden*) sulla decisione della donna di abortire, stabilito dalla sent. *Casey*. In *Roe*⁷, nel giudicare incostituzionale l'art. 1196 del codice penale del Texas, in quanto limitava le possibilità di aborto ai soli casi di pericolo di vita della gestante, indipendentemente dallo stadio della gestazione, la Corte suprema dava luogo ad un vero e proprio *vademecum* per le legislazioni statali. La sentenza riconosceva infatti l'esistenza di due interessi, in alcuni casi contrapposti, che gli Stati devono legittimamente tutelare: quello di «preservare e proteggere la salute della donna incinta» e quello di «proteggere la potenzialità della vita umana»⁸. Nel ragionamento della Corte, il bilanciamento di tali interessi doveva svilupparsi in proporzione allo stato di avanzamento della gestazione. Nel primo trimestre, infatti, la decisione sull'aborto avrebbe dovuto essere lasciata

⁷ V. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 162-166.

⁸ Cfr. *idem*, p. 162.

al medico curante, d'intesa con la gestante, facendone così una decisione personale, ancorché sotto supervisione medica, e risolvendo quindi il bilanciamento totalmente a favore della decisione della donna⁹. Nel secondo trimestre, «lo Stato, nel promuovere il proprio interesse alla salute della madre, può, se così decide, regolare le procedure per l'aborto secondo linee ragionevolmente legate alla salute della madre»¹⁰, il che non rendeva lecite limitazioni all'aborto, ma solo interventi dello Stato su una serie di requisiti e procedure al fine di garantire meglio la salute della madre. Solo nel terzo trimestre, in ragione della possibile vitalità extra-uterina del concepito (*viability*), gli Stati avrebbero potuto regolare, ed anche vietare, l'aborto, tranne che ove fosse necessario tutelare la vita e la salute della madre.

Giova ricordare che tale orientamento non accoglieva in pieno le richieste della ricorrente, che propugnava l'idea dell'incostituzionalità di qualsiasi tipo di limitazione all'aborto, in conseguenza del diritto assoluto della persona di disporre del proprio corpo. La Corte respingeva questa prospettiva radicale, come si evinceva dalla disciplina "suggerita" per il terzo trimestre, riconoscendo anche un interesse dello Stato a proteggere la «vita potenziale»¹¹. Tuttavia, fondava costituzionalmente, sul più ampio diritto alla *privacy*, un diritto (per quanto non assoluto) all'aborto, che, come tale, appariva necessariamente destinato a prevalere sul mero interesse alla protezione della vita potenziale. Sulla base di numerosi precedenti giurisdizionali della Corte stessa, tale diritto alla *privacy* non doveva però intendersi nel senso restrittivo che solitamente gli è attribuito nei Paesi europei, cioè come diritto alla riservatezza e alla non diffusione di dati sensibili, bensì in un senso più ampio di diritto a compiere determinate scelte, relative all'orientamento della propria esistenza, in autonomia e senza intromissioni da parte dei poteri pubblici: in ultima analisi, il diritto a disporre di sé. Secondo *Roe v. Wade*, «questo diritto alla riservatezza ... è abbastanza ampio da ricomprendere la decisione di una donna se interrompere o meno la propria gravidanza»¹². Data tale caratterizzazione, nel presente lavoro, ove non si utilizzi il vocabolo inglese *privacy*, si preferirà definirlo come diritto di auto-determinazione.

Peraltro, il diritto alla *privacy* non è esplicitato in quanto tale nella Costituzione degli Stati Uniti, per cui la Corte, pur in presenza di una pluralità di orientamenti storici¹³, aveva ritenuto di ancorarlo alla sez. 1 del XIV emendamento alla Costituzione, adottato nel 1868,

⁹ Anche se il testo letterale farebbe piuttosto propendere per una decisione, prima di tutto, del medico, non assumibile, però, senza l'assenso della paziente: «Per il periodo di gravidanza precedente [al secondo trimestre] il medico incaricato, in consultazione con la paziente, è libero di determinare, senza regolamentazione statale, che, secondo il proprio giudizio medico, la gravidanza della paziente debba essere interrotta. Se si raggiunge una tale decisione, essa dev'essere realizzata tramite un aborto, senza interferenze da parte dello Stato». Cfr. *idem*, p. 163.

¹⁰ Cfr. *ibidem*.

¹¹ Cfr. *idem*, p. 154.

¹² Cfr. *idem*, p. 153.

¹³ La stessa sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 152-153, rileva che, in diversi precedenti giurisprudenziali, tale diritto era stato collegato, volta per volta, al I, al IV, al V, al IX e al XIV emendamento. Nelle more dello stesso processo *Roe*, la Corte di Distretto, nella sentenza di primo grado, lo aveva ricondotto al IX emendamento.

sulla scia della conclusione della guerra civile¹⁴, ed in particolare alla *due process clause* in esso contenuta, per cui la libertà della persona non può essere limitata «se non in seguito a regolare procedimento legale». Nel prosieguo, peraltro, la Corte non giustificava la connessione del diritto di auto-determinazione con la citata disposizione costituzionale, dando sostanzialmente per assodato, alla luce dei precedenti giurisprudenziali, che comunque tale diritto risultasse costituzionalmente ricostruibile. Essa però chiariva alcuni criteri interpretativi che giustificavano la propria interpretazione del bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella questione dell'aborto. In primo luogo, negava che la definizione di «persona» utilizzata dal XIV emend. potesse applicarsi al nascituro, come avrebbe dimostrato il fatto che la stessa definizione, utilizzata in altri passaggi della Costituzione, si riferisce sempre alla vita post-natale: argomentazione invero molto debole, nella misura in cui la Costituzione degli USA non tratta in alcun punto la questione della maternità o dell'aborto, ma assolutamente necessaria al ragionamento alla base della sentenza, in quanto, come la stessa Corte riconosceva, «se fosse stabilita l'ipotesi del carattere di persona [del nascituro], la causa della ricorrente certamente cadrebbe, // perché il diritto alla vita del feto sarebbe allora specificamente garantito dal [XIV] emendamento»¹⁵. In secondo luogo, la Corte tornava a sottolineare come, a differenza di altri comportamenti coperti dal diritto all'auto-determinazione, il caso dell'aborto non potesse essere ricostruito come diritto assoluto, stante il possibile interesse dello Stato a tutelare la «potenziale vita umana»¹⁶. In terzo luogo, si asteneva dal prendere posizione sulla *vexata quaestio* del momento in cui sorga la vita, sottolineando come su di essa non esista consenso neppure tra medici, filosofi e teologi, e limitandosi a segnalare come, in materie diverse dalla disciplina dell'aborto, l'ordinamento giuridico statunitense generalmente non consideri il nascituro come persona e, qualora preveda determinati diritti in capo allo stesso, ne subordina sostanzialmente il godimento al momento della sua nascita¹⁷. Su queste basi, procedeva poi a disegnare i termini di legittimità costituzionale delle possibili leggi statali in materia di aborto, secondo la scansione in trimestri della gravidanza, come illustrata sopra.

Tornando ora al *Gestational Age Act* del Mississippi, non c'è dubbio che, in un contesto di ininterrotti, se non crescenti, confronto e bipolarizzazione sui temi legati all'aborto, nell'opinione pubblica e nelle sedi politiche e istituzionali, questa legge abbia voluto essere un *ballon d'essai* mirato ad ottenere una nuova e diversa pronuncia della magistratura in

¹⁴ Questa recita: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così come nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale [*due process of law*], né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi». In grassetto la disposizione cui *Roe* e *Casey* hanno collegato il diritto d'aborto, configurandolo come una declinazione del più generale diritto di auto-determinazione.

¹⁵ Cfr. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 156-157.

¹⁶ Cfr. *idem*, p. 159.

¹⁷ V. *idem*, pp. 159-162.

generale e della Corte suprema in particolare. Lo dimostrano diversi sintomi: così per es. le parole del Governatore dello Stato in occasione della firma della legge («Probabilmente, tempo mezz'ora e ci faranno causa, e questo per me sarà un bene. Vale la pena di lottare per questo»¹⁸); l'insistenza dello stesso testo di legge sulla scindibilità (*severability*) delle proprie diverse disposizioni, espressamente mirante a far sì che «ove una qualsiasi disposizione della presente sezione sia considerata invalida o inapplicabile da una corte ... tale disposizione sia ritenuta ritagliabile e le altre disposizioni della presente sezione siano ritenute pienamente applicabili» (art. 9; lo stesso vale per altre disposizioni statali sull'aborto, in caso di dichiarazione giurisprudenziale di inapplicabilità dell'intero *Gestational Age Act*); così come il fatto che, nelle more del processo *Dobbs*, il Parlamento del Mississippi abbia adottato nuove leggi, ulteriormente restrittive del diritto d'aborto¹⁹.

Come preconizzato (ed auspicato) dal Governatore del Mississippi, il *Gestational Age Act* è stato assoggettato quasi subito a ricorso, ad opera della *Jackson Women's Health Organization*, l'unica clinica dello Stato in cui ancora si praticassero aborti. Rifacendosi correttamente al principio dello *stare decisis*, sia la Corte di distretto che la Corte d'appello hanno dichiarato inapplicabili le disposizioni della legge in contrasto con la sent. *Roe v. Wade*. Ma lo Stato del Mississippi non ha desistito e nell'ulteriore ricorso presso la Corte suprema la validità di *Roe* e *Casey* è poi divenuta l'oggetto centrale del contendere: dopo la decisione della Corte di occuparsi del ricorso, lo Stato, attraverso lo *State Health Officer* Thomas Dobbs, richiedeva un cambiamento di giurisprudenza della Corte, fino all'annullamento delle due sentenze, mentre la *Jackson Women's Health Organization* ne chiedeva la riconferma.

Il clima di tensione e di aspettativa intorno alla ventura pronuncia è dimostrato dalla fuga di materiale che ha permesso, il 2 maggio 2022, al periodico politico-scandalistico *Politico* di pubblicare una bozza preparata dal giudice Samuel Alito, estensore della sentenza, costringendo il giorno dopo il *Chief Justice* John Roberts a rilasciare un duro comunicato stampa nel quale, pur confermando l'autenticità del documento, si stigmatizzava la fuga di notizie, oggetto di un'inchiesta interna, e si garantiva che questa non avrebbe avuto alcuna conseguenza sul lavoro della Corte²⁰. Di fatto, pur con alcune aggiunte legate alle obiezioni della maggioranza alle opinioni dissenzienti di tre giudici e all'opinione concorrente del Presidente della Corte, la bozza si è poi dimostrata l'effettivo contenuto della sentenza.

¹⁸ Cfr. J. GATHRIGHT, *Mississippi Governor Signs Nation's Toughest Abortion Ban Into Law*, in *NPR*, 19/3/2018, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2018/03/19/595045249/mississippi-governor-signs-nations-toughest-abortion-ban-into-law?t=1658400227522>.

¹⁹ Si tratta di una prima legge del 2019, che limita la possibilità di aborto dal momento in cui si può accertare il battito cardiaco del feto, cioè intorno alla sesta settimana di gravidanza, e del *Life Equality Act* del 2020, che impedisce l'aborto fondato su ragioni di sesso, razza o anomalia genetica del nascituro.

²⁰ Il comunicato stampa dello scorso 3 maggio è disponibile *on-line* sul sito della Corte suprema, all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22.

3. Il percorso argomentativo della sentenza

Nella sent. *Dobbs*, la Corte decide a maggioranza (6-3) di considerare costituzionalmente legittimo il *Gestational Age Act* del Mississippi, ma per fare questo si spinge a rigettare la propria precedente giurisprudenza in materia, in particolare le sentenze *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, compiendo un passo non pienamente condiviso neppure nella maggioranza interna²¹, ma certamente necessario nella prospettiva, adottata dall'estensore, di negare l'esistenza di un diritto all'aborto.

Secondo la maggioranza della Corte, un diritto d'aborto non può essere identificato nella Costituzione, il che richiede di ridiscutere i fondamenti su cui si era basata la sent. *Roe*, posto che la successiva sent. *Casey*, dimostrando notevoli spaccature all'interno della Corte, ne aveva acriticamente riproposto la validità, soltanto in base al principio dello *stare decisis*, pur sostituendo, alle suesposte linee-guida, la poco chiara regola per cui le legislazioni statali non avrebbero dovuto imporre sul diritto d'aborto della donna un «indebito gravame» (*undue burden*)²².

La Corte comincia il proprio percorso argomentativo concentrando l'attenzione sul principale riferimento costituzionale cui *Roe* e *Casey* avevano collegato l'esistenza di un diritto all'aborto, ovvero sulla sez. 1 del XIV emend. Cost. USA e, in particolare, sul suo riferimento alla protezione della libertà (principale riferimento per *Roe*, che peraltro la Corte accusa di non aver ritenuto di fondamentale importanza ancorare chiaramente le proprie conclusioni ad una od altra disposizione costituzionale; unico riferimento per *Casey*).

Prima di cominciare un dettagliato esame della riconducibilità di un diritto all'aborto al XIV emend., però, la Corte refuta, quasi *incidentally tantum*, un argomento non richiamato dalle due sentenze, ma addotto da alcuni *amici curiae* in occasione del presente processo, cioè che il diritto d'aborto potrebbe radicarsi anche in un successivo principio stabilito dal XIV emend., ovvero quello dell'«eguale protezione delle leggi» (*equal protection of the laws*), e ribadisce quanto già affermato nella sent. *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic* del 1993, ovvero che «il fine di prevenire l'aborto» non indica un «odioso animus

²¹ Che il rigetto dei due importanti precedenti fosse necessario alla risoluzione del caso, è infatti negato dall'opinione concorrente del Presidente della Corte, Roberts. Egli concorda, infatti, con la decisione finale sulla legittimità costituzionale della legge in esame, ma afferma doversi abbandonare, della precedente giurisprudenza, soltanto il termine della *viability* del feto come punto di partenza delle possibili limitazioni legislative al diritto d'aborto, in quanto infondato scientificamente, sproporzionato al perseguimento della tutela del diritto d'aborto, ma anche, a suo tempo, non proposto e non richiesto dalle parti in causa. L'aderenza alle richieste delle parti, senza impegnare la Corte in ulteriori deduzioni, è rivendicata dal *Chief Justice*, sia come principio generale («Se per risolvere un processo non è necessario decidere altro, allora è necessario non decidere altro»; cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Roberts, C.J., concurring in judgement*, p. 2; corsivo dell'a.), sia in relazione al caso specifico, ricordando come, nell'originale *petition for certiorari*, il Mississippi si limitasse a chiedere alla Corte di stabilire se eventuali proibizioni dell'aborto, prima del termine della *viability*, fossero sempre incostituzionali. Secondo lo stesso Roberts, a tale originaria richiesta si sarebbe dovuta attenere la Corte, nonostante l'atteggiamento dello Stato fosse cambiato, dopo la concessione del *writ of certiorari*, passando a richiedere espressamente l'annullamento dei precedenti giurisprudenziali (v. *idem*, pp. 5-6).

²² V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 1-4.

discriminatorio” nei confronti delle donne»²³, per cui la disciplina statale in materia di aborto non può essere esaminata alla luce della discriminazione di genere e non è pertanto soggetta allo «scrutinio rafforzato»²⁴ riservato alle classificazioni basate sul sesso, dovendo essere trattata a tutti gli effetti come le altre normative in materia di salute.

Riprendendo l’esame alla luce della clausola del *due process of law*, la Corte passa a valutare se su di essa si possa enucleare il diritto d’aborto. Ciò apre il problema del criterio in base al quale un diritto non espressamente menzionato in Costituzione possa essere ricondotto alla tutela della «libertà» di cui alla citata disposizione costituzionale. In proposito, secondo una risalente giurisprudenza della Corte suprema, perché un tale diritto possa godere della protezione della clausola in oggetto, risulterebbe necessario che questo «sia “profondamente radicato nella storia e tradizione [degli Stati Uniti]” e [che] sia essenziale all’“idea di libertà ordinata” della ... Nazione»²⁵. Su tale base, la Corte si dedica ad un’ampia ricognizione storica, che dimostra come il diritto d’aborto non fosse mai stato ospitato nella legislazione ordinaria e costituzionale degli Stati membri, ma neppure teorizzato dalla dottrina fino al 1968²⁶. Inoltre, l’aborto era stato per secoli considerato un crimine, per lo meno dal momento della percezione del movimento del feto nell’utero (*quickening*), fin dalla *common law* inglese²⁷, vigente in America in epoca coloniale. Non solo, ma la linea di demarcazione costituita dal movimento fetale era stata abbandonata nel XIX sec. e, tanto il Parlamento britannico nel 1803, quanto la maggioranza degli Stati degli USA, erano passati ad adottare leggi che proibivano l’aborto in ogni stadio della gravidanza. Nel 1868, 28 dei 37 Stati allora federati dichiaravano l’aborto un crimine anche prima del *quickening* e pure gli altri, meno uno, si sarebbero adeguati da lì al 1910. Seppure, nei decenni seguenti, il *trend* si fosse moderato e si fossero avute aperture, in diverse legislazioni statali, ad una disciplina più articolata dell’aborto, la sentenza rileva come ancora nel 1973, data della sent. *Roe*, 30 degli ormai 50 Stati continuassero a vietare l’aborto in ogni stadio della gravidanza, salvo in caso di pericolo per la vita della madre²⁸. La Corte ne fa quindi deri-

²³ Cfr. *idem*, p. 11.

²⁴ Cfr. *idem*, p. 10.

²⁵ Cfr. *idem*, p. 12. Le citazioni interne sono tratte dalla sent. *Timbs v. Indiana* del 2019, ma i concetti in esse espressi possono essere fatti risalire almeno a *Snyder v. Massachusetts* del 1934 e *Polko v. Connecticut* del 1937 (quest’ultima citata anche in *Roe v. Wade*).

²⁶ La sentenza si riferisce a R. LUCAS, *Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes*, in *North Carolina Law Review*, vol. 46 (1967/68), pp. 730-778, pubblicato appena cinque anni prima della sent. *Roe*, come alla prima espressa teorizzazione dottrinale dell’esistenza di un diritto costituzionale all’aborto. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 15-16, n. 23.

²⁷ La sentenza risale fino al *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* di Henry de Bracton, della prima metà del XIII sec., per quanto riguarda le autorità in materia di *common law*, e alle *Leges Henrici Primi*, della prima metà del secolo precedente, per quanto riguarda il diritto scritto. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 16-17 e n. 25.

²⁸ V. *idem*, pp. 11-25.

vare «l'ineludibile conclusione ... che un diritto all'aborto non sia profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni della Nazione»²⁹.

Va però notato che, sebbene l'*excursus* storico della sentenza arrivi al 1973, le appendici documentali A e B della stessa³⁰ non prendono in considerazione le legislazioni repressive dell'aborto vigenti in quell'anno, bensì quelle in vigore nel 1868 (anno di approvazione del XIV emend.) e, relativamente agli Stati e Territori che in tale data non avessero leggi interamente repressive dell'aborto, le prime leggi in tale direzione approvate in ciascuno di essi negli anni successivi. Tale scelta tradisce senza dubbio l'impostazione originalista della sentenza³¹, che ne può costituire uno dei punti problematici, come si avrà modo di rilevare più avanti.

Dopo aver risolto negativamente la questione dell'ipotetico radicamento del diritto all'aborto nella storia e nelle tradizioni nazionali, la Corte passa ad occuparsi della sua possibile collocazione nel più ampio quadro del diritto all'auto-determinazione, partendo dall'affermazione della sent. *Casey* per cui «al centro [del concetto] di libertà si trova il diritto di determinare la propria concezione dell'esistenza, del [suo] significato, dell'universo e del mistero della vita umana»³². La prima obiezione della Corte è che tale statuizione valga certamente per quanto concerne la libertà di pensare e di esprimere la propria visione del mondo, ma non necessariamente per quella di agire secondo tale visione, in quanto una «libertà ordinata pone limiti e definisce i confini tra interessi in competizione»³³. La seconda è che le sentt. *Roe* e *Casey* hanno definito un determinato bilanciamento tra gli interessi confliggenti nella questione aborto, ma che il popolo dei diversi Stati può ben dare di essi una diversa interpretazione, sia più ampia che più restrittiva di quella indicata dai due precedenti giurisprudenziali. La terza – e centrale nell'intera costruzione della sentenza – è che tutti gli altri diritti inespressi riconosciuti dalla Corte suprema alla luce del principio di autonomia personale e auto-determinazione³⁴ si distinguono dall'ipotetico diritto di aborto perché non portano alla distruzione di una «vita potenziale» (*potential life*), secondo la terminologia di *Roe* e *Casey*, ovvero di un «essere umano non [ancora] nato», secondo la terminologia del *Gestational Age Act*. In sostanza, sebbene la Corte non utilizzi questa espressione, gli altri diritti inespressi ricomprendibili in quello alla *privacy* toccano

²⁹ Cfr. *idem*, p. 25.

³⁰ V. *idem*, rispettivamente pp. 79-101 (app. A) e 101-108 (app. B).

³¹ Rispondendo alle deduzioni presentate dal convenuto (la *Jackson Women's Health Organization*), infatti, la Corte sottolinea come queste «non siano state capaci di dimostrare // che un diritto costituzionale all'aborto fosse consolidato quando è stato adottato il XIV emend.». Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 25-26 (corsivi miei).

³² Cit. in *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 30.

³³ Cfr. *idem*, p. 31.

³⁴ La Corte ricorda, ad es., tra i diritti già citati da *Casey*, il matrimonio interrazziale, il matrimonio dei detenuti, l'uso di contraccettivi, il diritto di risiedere coi propri parenti, di decidere sull'educazione dei figli, di non essere sterilizzati senza il proprio consenso, di non sottoporsi a determinati trattamenti medici; e tra altri, definiti successivamente alla sent. *Casey*, il diritto ad atti sessuali consensuali in privato o al matrimonio omosessuale. V. *idem*, pp. 31-32.

comportamenti di individui responsabili e coscienti, che attengono alla loro sfera privata e, anche quando incidono su terzi (si pensi al diritto di dare una determinata educazione ai figli), non ne intaccano i diritti e soprattutto non ne minacciano l'esistenza. Da qui, la rassicurante affermazione della Corte che, proprio in considerazione di tale peculiarità, «la conclusione che la Costituzione non conferisce un diritto [all'aborto] non mina ... in alcun modo»³⁵ gli altri diritti inespressi già riconosciuti.

La Corte passa poi rapidamente in rivista le motivazioni addotte, a livello delle due parti e dell'opinione pubblica, a favore e contro l'esistenza di un diritto all'aborto, senza prendere posizione su di esse e riconoscendo che da entrambi i lati sono state prodotte argomentazioni e documentazioni di notevole importanza e serietà, ma rifiuta l'idea (sottesa a *Roe* e alle motivazioni di quanti ne richiedono la conferma) che spetti alla Corte stessa soppesare e bilanciare tali argomenti e decidere in proposito. In tal modo, la Corte sconfessa ed annulla le decisioni *Roe* e *Casey* e, nelle proprie parole, «restitui[sce] il potere di soppesare tali argomenti al popolo e ai suoi rappresentanti elettivi»³⁶. In buona sostanza, oltre a confutarne gli specifici contenuti, la Corte identifica nelle linee-guida stabilite da *Roe v. Wade*: a) un'indebita restrizione del principio democratico, per cui il bilanciamento tra gli interessi potenzialmente confliggenti nella vita sociale spetta, prima di tutto, al popolo e/o ai suoi rappresentanti, e solo in seconda battuta e negli stretti limiti della Costituzione e delle leggi, ai giudici; b) una sostanziale invasione di campo da parte di un organo giurisdizionale (la Corte stessa, nelle precedenti composizioni) che si sarebbe arrogato l'indiretto esercizio di una funzione legislativa, violando così il principio cardine della Costituzione statunitense, cioè la separazione dei poteri.

Ci si permetta di notare come il percorso argomentativo della Corte, indipendentemente da quanto si pensi del suo contenuto, appare logicamente rovesciato. Ben più sensato sarebbe infatti stato porsi in primo luogo la questione della copertura fornita al diritto d'aborto dal diritto all'auto-determinazione e poi, risoltala negativamente in base all'argomentazione per cui l'aborto – a differenza degli altri diritti coperti dalla *privacy* – mette in discussione la vita di un essere umano, passare a valutare se la Costituzione offrisse altre possibilità di radicarvi il diritto d'aborto. A parere di chi scrive, tale percorso sarebbe stato più logico, ma è stato sacrificato all'esigenza di affermare come linee-guida dell'esame della Corte quelle del radicamento nella storia e tradizione nazionali e del legame con l'idea di libertà ordinata. Criteri che non sono espressione diretta di un approccio originalista, costituendo anzi – come si è visto sopra – due dei più consolidati e risalenti orientamenti interpretativi della Corte; ma che, in questo caso, permettono ancora una volta (soprattutto il primo di essi) di declinare il percorso argomentativo della Corte, senza dirlo espressa-

³⁵ Cfr. *idem*, p. 32.

³⁶ Cfr. *idem*, p. 35.

mente, in chiave originalista, con tutti i problemi che ne possono conseguire e su cui si tornerà *infra*.

Dopo alcuni paragrafi, dedicati a replicare all'opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan³⁷ – e nei quali merita rilevare l'affermazione secondo cui «la nostra opinione [di maggioranza] non si basa su alcuna visione circa il se e il quando la vita prenatale abbia titolo a qualcuno dei diritti di cui si gode dopo la nascita. L'opinione dissenziente, invece [proponendo la riconferma di *Roe* e *Casey*], imporrebbe al popolo una specifica teoria sul momento in cui iniziano i diritti della persona»³⁸ – la Corte passa ad esaminare i casi e le condizioni in cui le sia giustificato allontanarsi dal principio dello *stare decisis*, invocato invece dai giudici dissenzienti per salvaguardare gli effetti delle sentenze precedenti e la certezza del diritto³⁹.

Tale esame, in apparenza superfluo, perché la possibilità per la Corte suprema di mutare la propria giurisprudenza è pacificamente accettata e supportata da numerosi esempi concreti, costituisce però l'occasione per una più sistematica demolizione dei precedenti costituiti dalle sentenze *Roe* e *Casey*.

Dopo aver ricordato che lo *stare decisis* non è «un comando inesorabile»⁴⁰, soprattutto quando coinvolga questioni di costituzionalità delle leggi (dove l'affermazione di un'interpretazione errata può avere conseguenze molto gravi), l'opinione di maggioranza porta l'esempio di numerosi precedenti, sottolineando in particolare – non senza una certa malizia – due casi certamente vicini alla sensibilità giuridica dei giudici dissenzienti, come i cambiamenti di giurisprudenza in materia di segregazione razziale e di politiche sociali a favore della donna.

Tutto ciò prelude alla puntualizzazione dei criteri in base ai quali la maggioranza (ma qui senza l'appoggio del *Chief Justice* Roberts) ritiene necessario superare le due succitate sentenze. Questi sono cinque.

In primo luogo, la natura dell'errore della Corte: in tale prospettiva, la sent. *Roe* viene definita come «vergognosamente sbagliata e profondamente dannosa» nel suo contenuto (*egregiously wrong and deeply damaging*)⁴¹, sin dal giorno stesso della sua emissione e co-

³⁷ V. *idem*, pp. 35-39.

³⁸ Cfr. *idem*, p. 38.

³⁹ In effetti, attraverso il principio dello *stare decisis*, per cui le decisioni e l'interpretazione della legge, date dai giudici di grado superiore, vincolano i giudici di grado inferiore, la Corte suprema si trova congiuntamente ad avere l'ultima parola in materia di costituzionalità delle leggi (pur nel quadro di un sindacato diffuso) e ad esercitare la funzione di nomofilachia che nel nostro ordinamento spetta alla Corte di Cassazione.

⁴⁰ Cfr. *idem*, p. 39. Espressione utilizzata nella sent. *Pearson v. Callaban* del 2009.

⁴¹ Cfr. *idem*, p. 44. Anche qui si può rilevare una certa malizia dell'estensore, in quanto «*egregiously wrong*» era stata l'espressione utilizzata dal giudice Kavanaugh nella propria opinione parzialmente concorrente alla sent. *Ramos v. Louisiana* del 2020, parlando della sent. *Plessy v. Ferguson* del 1896, che aveva giudicato conforme a Costituzione il *Separate Car Act* della Louisiana del 1890 e pertanto le leggi che sancivano, in diversi Stati del Sud, le politiche di segregazione razziale. Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. __ (2020), *Kavanaugh J., concurring in part*, p. 8.

me responsabile della deprivatione del potere di scelta nella materia interessata, a carico del popolo e dei suoi rappresentanti.

In secondo luogo, la qualità del ragionamento giuridico: secondo la Corte, il ragionamento giuridico seguito in *Roe* «poggiava su basi eccezionalmente deboli»⁴², sia nell'agganciare alla Costituzione e alla *privacy* il diritto d'aborto, sia nell'esame dei precedenti storici, sia nella scelta delle linee-guida ivi elaborate per la legislazione statale, sia, infine, nella fondamentazione costituzionale e scientifica delle stesse e del criterio della *viability*, come rilevato anche da dottrine di per sé favorevoli all'aborto⁴³; quanto poi alla sent. *Casey*, questa avrebbe traslato acriticamente numerosi passaggi della *Roe* e, anche nei punti in cui la superava (per es., la sostituzione del divieto di *undue burden*, sulla scelta della donna di abortire, alla partizione per trimestri adottata da *Roe*), lo faceva senza fornire criteri viabili né adeguati fondamenti al proprio ragionamento⁴⁴.

In terzo luogo, rileva la praticabilità (*workability*), ovvero se la regola espressa dalla sentenza possa essere «compresa ed applicata in maniera coerente e prevedibile»⁴⁵: qui la Corte si concentra sulla sent. *Casey*, affermando che il divieto di *undue burden*, sulla scelta della donna di abortire, risultava ineseguibile per la difficoltà di distinguere i gravami indebiti da quelli debiti o almeno accettabili. Analoga vaghezza e persino contraddittorietà si rilevano poi nei tre criteri sussidiari identificati da *Casey* a sostegno del divieto di *undue burden*⁴⁶, i quali, oltre tutto, indurrebbero i giudici a valutare gli effetti di una misura normativa sulle donne, senza tenere nel debito conto che le stesse norme possono sortire effetti diversi su soggetti diversi, in ragione delle loro condizioni di vita. L'impraticabilità dei criteri adottati da *Casey* risulterebbe infine dimostrata dall'esperienza delle diverse corti negli anni successivi⁴⁷.

In quarto luogo, gli effetti delle sentenze su altri settori del diritto: qui la Corte lamenta in breve come la fedeltà ai criteri di *Roe* e *Casey* abbia condotto in altre pronunce, nelle quali si versasse in tema di aborto, ad allontanarsi da principi giuridici ben definiti, come quelli inerenti la *res judicata*, la regola di salvaguardare i testi di legge quando ne sia possibile una lettura costituzionalmente legittima o quella di separare le disposizioni incostituzionali da un testo senza compromettere l'applicabilità delle altre sue disposizioni⁴⁸.

⁴² Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 45.

⁴³ V. *idem*, pp. 45-55.

⁴⁴ V. *idem*, pp. 55-56.

⁴⁵ Cfr. *idem*, p. 56.

⁴⁶ Si trattava del divieto di porre «un ostacolo sostanziale» sul percorso della donna che voglia abortire prima della *viability* del feto; del fatto che le disposizioni sul consenso informato non dovessero porre un indebito gravame sul diritto di abortire; dell'affermazione che simile indebito gravame potesse risultare da regole sanitarie non necessarie, che si risolvessero in un ostacolo sostanziale all'esercizio del diritto d'aborto. Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., *Opinion of O'Connor, Kennedy, and Souter, JJ.*, p. 878.

⁴⁷ V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 56-62.

⁴⁸ V. *idem*, pp. 62-63.

Infine, la mancata esistenza di un'esigenza di tutela dell'affidamento: qui la Corte, inizialmente, concorda con *Casey* sull'asserzione che la tutela dell'affidamento, quale si può ravvisare nel diritto delle obbligazioni, sorge a fronte di attività pianificate con precisione, caratteristica che non si ritrova nella decisione di abortire. Tuttavia, la sent. *Casey* passava poi a segnalare una forma più generica di affidamento, secondo cui le persone, da *Roe* in poi, avrebbero pianificato la propria vita familiare, sentimentale e riproduttiva, facendo affidamento sull'eventualità di poter ricorrere all'aborto; ma – obietta ora la Corte – una simile forma di affidamento non può essere tutelata dai giudici, perché dipende da una valutazione dell'effetto sociale del diritto di aborto, tema sul quale, non solo esistono pareri discordanti tra gli studiosi sociali (e tra gli *amici curiae* e le parti del processo *Dobbs*), ma, soprattutto, su cui la «Corte non ha né l'autorità né l'*expertise* per decidere in materia»⁴⁹, con ciò escludendosi, quindi, che l'annullamento di *Roe* e *Casey* possa comportare effettivi problemi di tutela dell'affidamento⁵⁰.

Seguono ulteriori paragrafi, dedicati a ribattere le argomentazioni in materia di *stare decisis* dell'opinione dissenziente, nonché quelle dell'opinione concorrente sul dispositivo del *Chief Justice* Roberts, il quale preconizza la necessità di superare la regola della *viability*, ma non vi ravvede la conseguente necessità di superare *Roe* e *Casey*, per quanto riguarda l'esistenza di un diritto di aborto⁵¹.

Ed è alla fine che la sentenza introduce uno dei punti focali del proprio percorso argomentativo: su quali parametri fondare eventuali future decisioni circa la costituzionalità delle leggi statali in materia di aborto. In sostanza, la Corte afferma che le leggi sull'aborto, al pari delle altre leggi in materia di salute e *welfare*, devono godere, fino a prova contraria, di una sostanziale presunzione di conformità a Costituzione, purché si fondino su basi razionali. Si può affermare l'esistenza di questo fondamento, se il Parlamento che le ha adottate ha ritenuto che il loro contenuto fosse adatto a tutelare legittimi interessi dello Stato. Tra questi interessi, la Corte elenca «il rispetto e la tutela della vita prenatale a tutti i livelli di sviluppo ...; la protezione della salute e dell'incolumità materne; la soppressione di procedure mediche particolarmente raccapriccianti ed incivili; la tutela dell'integrità della professione medica; la limitazione della sofferenza del feto; e la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, sul sesso o sulla disabilità»⁵².

Ci si consenta di notare che l'auto-determinazione della donna, già destituita – per quanto concerne l'aborto – dello *status* di diritto, non sembra riemergere neppure come valore la cui tutela possa costituire interesse dello Stato, anche se il verbo “includere”, premesso al

⁴⁹ Cfr. *idem*, p. 65.

⁵⁰ V. *idem*, pp. 63-66.

⁵¹ V. *idem*, pp. 66-77.

⁵² Cfr. *idem*, p. 78.

summenzionato elenco di interessi, può legittimamente far ritenere che l'elenco stesso non sia tassativo, bensì solo esemplificativo.

Alla luce di quanto finora esposto, la Corte ritiene costituzionalmente legittimo il *Gestational Age Act* del Mississippi, in quanto fondato su basi razionali, e la sentenza si chiude con le seguenti affermazioni riepilogative:

«Terminiamo quest'opinione là dove avevamo cominciato. L'aborto pone // una grave questione morale. La Costituzione non proibisce ai cittadini di ogni Stato di regolare o proibire l'aborto. *Roe* e *Casey* si erano arrogate tale autorità. Noi ora respingiamo quelle sentenze e restituiamo tale autorità al popolo e ai suoi rappresentanti elettivi»⁵³.

4. I punti di forza della sentenza

La sentenza *Dobbs*, come accennato, è stata oggetto di numerose critiche, talvolta scomposte ed ideologicamente orientate, talora più approfondite e basate su argomentazioni giuridiche articolate, anche laddove opinabili. È stato però giustamente rilevato come, al di là della crescente bipolarizzazione esistente nella società in materia di aborto, essa abbia fatto emergere una profonda bipolarizzazione sui principi giuridici ed interpretativi della Costituzione all'interno della Corte stessa⁵⁴.

Indubbiamente, il testo presenta diversi punti problematici, sui quali si tornerà tra breve. Tuttavia, esso offre anche alcuni spunti felici, che potrebbero offrire l'occasione per una riflessione più spassionata sulla disciplina dell'aborto.

A parere di chi scrive, la sottrazione dell'aborto alla famiglia dei diritti di auto-determinazione costituisce, probabilmente, l'elemento più lineare e condivisibile della sentenza

⁵³ Cfr. *idem*, pp. 78-79.

⁵⁴ In tal senso, v. l'attenta analisi condotta da S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE On Line*, anticipazione del n. 3/2022, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/236>, in cui si nota come l'opinione della maggioranza e quella dei giudici dissenzianti «procedono ... lungo percorsi argomentativi "a specchio", ma che vengono qualificati reciprocamente come "deformanti" rispetto alla fisiologia dell'interpretazione e della giustizia costituzionale» e come persino l'aggettivazione utilizzata dai due documenti, per definire i presunti difetti del percorso dell'interlocutore, tenda da ambo le parti ad una drammatizzazione del confronto (p. 2). In ogni caso, secondo l'a., «la sentenza esprime tre livelli di rilevanza, che sono espressi da tre concetti "chiave" del costituzionalismo: poteri, garanzie, diritti, rispetto ai quali le *opinions* della maggioranza e della minoranza si pongono da prospettive opposte, *pur utilizzando i medesimi principi e istituti*» (p. 3; corsivi miei), rivelando così una frattura che trascende il caso concreto e finisce per riguardare appunto la concezione stessa del costituzionalismo. Ci si permetta di notare che il problema si è certamente accresciuto in occasione di tre recenti controversie pronunciate dalla Corte, nelle quali si è riprodotta la stessa frattura tra maggioranza e minoranza: oltre a *Dobbs*, si tratta di *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. __ (2022), del 23 giugno 2022, in materia di limitazioni all'acquisto di armi, e di *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. __ (2022), del 30 giugno 2022, riv. il 13 luglio 2022, in materia di politiche di tutela ambientale. Tuttavia, esso non è necessariamente destinato a riprodursi con sistematicità, almeno arguendo da altri recenti precedenti: la cit. sentenza *Ramos v. Louisiana*, per es., in occasione della quale erano già presenti otto dei giudici di *Dobbs*, li vide, pur con diversi distinguo, schierarsi così: Breyer, Sotomayor, Kavanaugh, Gorsuch e Thomas (oltre a Ginsburg) nella maggioranza, Alito, Roberts e Kagan nella minoranza.

Dobbs. Risolvere, infatti, la questione dell'aborto dando un sostanziale (anche se non assoluto) primato alla libertà di scelta della donna e configurando un vero e proprio diritto all'aborto, come aveva fatto *Roe*, falsava la questione, sotto almeno due punti di vista.

Da un lato, teorizzare un diritto (quello all'aborto) e porlo in relazione ad altre due esigenze (vita e salute della madre, vita e salute del nascituro), rubricate meramente come interessi che lo Stato può ritenere opportuno tutelare nella propria legislazione, comprometteva inevitabilmente il possibile bilanciamento legislativo (specie in presenza delle linee-guida dettate in *Roe*, ma anche dopo la loro sostituzione col criterio dell'*undue burden*, da parte di *Casey*) a favore dell'unico diritto riconosciuto in gioco. In tal senso, *Roe* era stata coerente, precisando, come si è già visto sopra, che alla «vita potenziale» del nascituro non fosse attribuibile lo *status* di persona, pena il profilarsi di un suo diritto alla vita, assoggettato allora alla riserva del *due process of law*, di cui proprio al XIV emend.

Ma proprio qui si poneva, d'altro lato, il secondo elemento falsante: l'assunzione, secondo cui la vita del nascituro fosse solamente «potenziale», risultava, infatti, sia insufficientemente fondata sul piano scientifico che parzialmente contraddittoria col ragionamento stesso della Corte. Insufficientemente fondata, perché in realtà la scienza, nonostante i grandi progressi fatti, non è ancora realmente in grado di definire con certezza il momento del sorgere della vita, tema su cui si ritornerà tra breve. Parzialmente contraddittoria, perché l'opinione di maggioranza in *Roe* aveva dichiarato di non voler assumere una posizione sul tema dell'inizio vita, stanti le divergenze d'opinione in materia tra medici, filosofi e teologi, ma in realtà, col *vademecum* sui trimestri di gravidanza, ne aveva assunto una ben precisa, in base a cui la vita del nascituro era potenziale e quindi diveniva attuale solo con la nascita (potendosi tutt'al più estenderne la tutela al momento della *viability*), donde la contraddizione con le proprie asserzioni precedenti, anche se tale posizione risultava, invece, pienamente coerente con la decisione finale della sentenza.

La Corte di *Dobbs* reitera la dichiarazione di non voler prendere una posizione in materia di inizio vita⁵⁵, demandando ai Parlamenti statali, non tanto la relativa decisione, quanto il bilanciamento degli interessi in materia di aborto. Tuttavia, per il solo fatto di aver revocato il diritto d'aborto, come formulato in *Roe* e *Casey*, apre la strada alla possibilità che altre e diverse concezioni dell'inizio vita – purché razionalmente fondate – possano legittimamente essere prese in considerazione dai Parlamenti statali, nella loro opera di bilanciamento e disciplina del fenomeno dell'aborto. Donde l'apertura all'espressione «vita prenatale» (*prenatal life*)⁵⁶, anche se la Corte si cautela, ogni volta che ricorre invece all'espressione «*unborn human being*», di precisare che la sta solo riprendendo dalla legge del Mississippi sotto esame⁵⁷.

⁵⁵ V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 38.

⁵⁶ V. per es. *idem*, p. 78.

⁵⁷ V. per es. *idem*, p. 5.

Il diritto alla *privacy*, inteso come diritto all'auto-determinazione, all'assunzione di scelte esistenziali fondamentali senza intromissione dei poteri pubblici, non può quindi fondare un diritto d'aborto, perché l'interruzione della gravidanza non è cosa che riguardi solo la madre, bensì anche (e quanto...) il nascituro. Bisogna allora bilanciare gli interessi della madre all'auto-determinazione (sebbene, come sottolineato sopra, questo interesse non sia espressamente menzionato dalla Corte, tra quelli che i Parlamenti devono necessariamente considerare), alla salute ed alla vita, con l'interesse alla salute ed alla vita del nascituro. Dopo un simile ragionamento, che appare pienamente condivisibile, assai più debole risulta invece la costruzione degli interessi in materia, sia in quanto meri interessi, sia in quanto interessi che lo Stato può voler tutelare, ma su questo si tornerà fra breve.

Può la sentenza *Dobbs* aprire una stagione di più ponderata riflessione sulla questione dell'aborto? Anche se le prime reazioni parrebbero motivare un certo scetticismo, piace qui tentare di proporre almeno alcune domande e considerazioni, che potrebbero guidare una simile riflessione.

In primo luogo, un'argomentazione che la Corte non ha utilizzato, ma che sarebbe stato invece bene sottolineare, sia nell'indicare la peculiarità del supposto diritto di aborto rispetto agli altri diritti di auto-determinazione, sia nel momento in cui veniva richiamata la «libertà ordinata» nel cui quadro si possa riconoscere una libertà protetta dalla *due process clause* del XIV emend.: se il diritto mira a tutelare una libertà ordinata, una delle prime finalità a ciò sottese consiste nel fare sì che la convivenza sociale si informi a principi di equità e giustizia, che permettano una coesistenza pacifica e non la prevalenza della legge del più forte. Deve esistere, quindi, come principio fondamentale di un ordinamento sociale che si voglia equo, *in primis* di un ordinamento liberal-democratico, anche indipendentemente dal fatto di venir esplicitamente espresso nel dettato costituzionale, un principio di tutela del più debole. Orbene, in relazione al problema della gravidanza, il diritto di aborto, così come configurato in *Roe*, può adempiere a questa funzione soltanto sull'assunto che gli attori della relazione sociale in questione siano due: l'uomo e la donna. Che, in una relazione binaria di questo tipo, la legge debba tutelare la donna, in quanto anello debole della catena, è, nonostante i non pochi avanzamenti verso la parità giuridica e fattuale compiuti nello scorso e nel presente secolo, purtroppo ancora vero, come ci ricordano tragicamente, per es., i numerosi casi di femminicidio che insanguinano il nostro Paese. Ma il fatto è che, nella gravidanza, la relazione sociale in questione è ternaria, non binaria, comprendendo anche il nascituro. Ed indubbiamente, per la sua condizione di essere nelle primissime fasi di sviluppo, impossibilitato per diversi mesi a sopravvivere al di fuori del grembo materno, il nascituro è allora l'anello debole della catena, pur ferma restando la necessità di tutte le adeguate cautele a garanzia della madre.

Anche su un secondo punto di rilievo, la Corte non si è espressa né in *Roe* (pur con le riserve espresse sopra) né in *Dobbs*, partendo dalla constatazione dell'assenza di consenso in materia, pure nei cultori delle discipline (scienza medica, filosofia, teologia) che più hanno, da secoli, investigato in materia. Si tratta della questione di quando la vita cominci e, quindi, in termini di potenziali conseguenze giuridiche, di se e quando il diritto alla vita

– sempre che questo sia garantito dall’ordinamento giuridico... – possa essere applicato al nascituro e imponga quindi delle forme di bilanciamento, nel caso in cui dovesse entrare in conflitto con altri diritti⁵⁸. Secondo *Roe*, coerentemente con l’impostazione allora adottata, quella intra-uterina sarebbe soltanto una vita potenziale, pur con le citate possibilità (ma non necessità) di offrirle forme di tutela dal settimo mese di gravidanza, in virtù della *viability* del feto. Nella maggior parte delle legislazioni sull’aborto al di fuori degli USA, però, l’interruzione della gravidanza è consentita solo fino a date variabili, ma più ristrette del sesto mese, divenuto di fatto la soglia statunitense dal 1973; lo stesso è accaduto in diversi degli Stati Uniti già durante e in vista del processo *Dobbs* o immediatamente dopo la pronuncia della Corte. Già questo fatto costituisce una dimostrazione, non solo di diverse scelte politiche, ma anche dell’impossibilità (allo stato attuale delle conoscenze scientifiche) di identificare una soglia condivisa.

Al tempo stesso, nonostante la sbrigativa liquidazione della cosa, operata a suo tempo in *Roe*, l’attribuzione di determinate capacità giuridiche al nascituro si rileva come una costante della civiltà giuridica occidentale, dal diritto romano⁵⁹ (per quanto, in questo, non necessariamente legata al riconoscimento della sua personalità e quindi concettualmente coesistente con la possibilità legale di abortire) ad oggi⁶⁰. Né il fatto che in taluni casi, specie nel diritto delle successioni, i diritti del nascituro siano subordinati alla sua nascita significa alcunché, giacché, per es., proprio nel diritto successorio dei Paesi anglo-sassoni, la subordinazione del diritto di successione, da parte del testatore, a determinati eventi (per es., il compimento della maggiore età da parte dell’erede o il suo contrarre matrimonio) è comunissima anche per le persone già nate.

Alla luce di tutto questo, si ritiene che una ponderata riflessione sull’aborto non possa non partire dalla questione del sorgere della vita – e quindi della personalità – del nascituro. Come si è visto, la sent. *Roe* risolveva il problema qualificando come vita soltanto «potenziale» quella del feto (almeno fino alla *viability*), mentre la *Dobbs*, pur protestando di non avere gli strumenti per risolvere la questione e demandando quindi ai Parlamenti statali le relative scelte, apre in realtà, quanto meno, al concetto, non meglio definito, di «vita prenatale».

Ma il nucleo centrale del problema è quando il nascituro assuma una propria individualità e se, nel percorso di sviluppo costituito dalla gravidanza, incontri dei cambiamenti di

⁵⁸ In questa sede ci si riferisce a diritti, pur ben sapendo che tutti quelli coinvolti sono, in realtà, stati “derubricati” dalla Corte suprema (in parte in *Roe* e *in toto* in *Dobbs*) a meri interessi. Su questo tema problematico si tornerà tra breve.

⁵⁹ Si ricordi la notazione di Paolo in *Digesto* 1, V, 7, per cui «*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur; quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*», che acquistava rilevanza soprattutto in relazione al diritto successorio.

⁶⁰ Basti qui far riferimento, per il diritto italiano, agli artt. 462 (capacità di succedere delle persone fisiche), 715 (casi d’impedimento alla divisione testamentaria) e 784 (donazione a nascituri) del Codice Civile e alle misure a tutela dell’embrione contenute nella l. 19 febbraio 2004, n. 40 (norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e nella stessa l. 194/1978, cit.. Per quanto riguarda il diritto statunitense, si rinvia ai testi citati nella stessa sentenza *Roe*. V. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 161-162.

condizione tali da modificarne l'intima essenza. Certamente, il concepimento costituisce un cambiamento di questo tipo: prima di esso, infatti, esistono solo due gameti, il maschile e il femminile, che, essendo aploidi, sono di per sé insuscettibili di svilupparsi in un individuo formato. Solo dal loro incontro si sviluppa, con lo zigote diploide, un corredo cromosomico completo ed atto ad identificare un soggetto personale⁶¹; dopo di che, con le prime moltiplicazioni cellulari, comincia un percorso di sviluppo ininterrotto, che passa inizialmente – senza alcuna pretesa di completezza espositiva – attraverso la formazione della morula, i processi di specializzazione delle cellule nei foglietti embrionali, l'annidamento, la blastocisti, ecc.. Se quelli fin qui elencati sono fenomeni scientifici ben definiti, la suddivisione del percorso in stadi di sviluppo è, invece, una convenzione, tant'è vero che, sui confini tra l'uno e l'altro stadio, spesso non vi è univocità, neppure nell'ambiente scientifico. Comunque, lo sviluppo passa attraverso gli stadi di embrione⁶² e feto, poi, dopo la nascita, il soggetto diviene neonato, lattante, bambino, adolescente, giovane, uomo o donna maturo/a, anziano ed infine muore (sempre, naturalmente, che quest'ultimo evento non intervenga in una delle fasi precedenti).

Orbene, in questo processo evolutivo si dà un'enorme quantità di cambiamenti di stato, ma esiste una qualche cesura così netta da determinare un cambiamento di essenza – e non solo di condizione – del soggetto interessato? Se appuntiamo la nostra attenzione sulla nascita, questa determina certamente un significativo cambiamento di condizione, in quanto, prima di essa, le funzioni vitali del soggetto potevano realizzarsi solo in simbiosi con il corpo materno, mentre, dopo di essa, si svolgono autonomamente. Tuttavia, la coscienza del fatto che, poco prima della nascita, il feto abbia ormai sviluppato tutte le funzioni vitali (tanto da potere, in certi casi, sopravvivere anche ad un parto prematuro, specie dal settimo mese di gravidanza in poi) porterebbe a negare che si tratti di un cambiamento di essenza e ciò è talmente condiviso che, anche negli Stati in cui si consente l'aborto (e anche alla luce della stessa sent. *Roe*), questo non è mai libero fino alla vigilia della nascita. Né appare conclusivo il riferimento, così importante in *Roe*, alla *viability* del feto, cioè alla sua facoltà di sopravvivenza extra-uterina, in quanto, come rilevato dalla Corte in *Dobbs*⁶³, tale facoltà appare condizionata da moltissimi fattori ed è prevedibilmente destinata ad essere anticipata dal progresso della scienza e delle tecnologie mediche⁶⁴.

⁶¹ In una prospettiva giuridica, si esprime in tal senso A. CALVO MEJIDE, *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, in *Cuadernos de Bioética*, n. 2/2004, pp. 283-298 (v. pp. 291-293).

⁶² Nella stessa comunità scientifica, non vi è univocità sul fatto che lo stadio embrionale si realizzi già dalla formazione della morula o non invece solo dal 14° giorno di gestazione. La discussione ha importanti ricadute etiche, giuridiche, operative (e, lo si lasci dire, economiche), nella misura in cui la discussa identificazione di una fase pre-embriale si connette alla possibilità/liceità, o meno, di utilizzare le cellule staminali totipotenti, a diversi fini.

⁶³ V. per es. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 51-53.

⁶⁴ Ha recentemente sollevato grande interesse la vicenda di Curtis Means, un bambino statunitense nato prematuro, di sole 21 settimane, nel 2020 e sopravvissuto grazie alle cure mediche prestategli. V. per es. S. JAIN, *The Boy Who Made*

Orbene, non sembra proprio sostenibile l'ipotesi che un cambiamento di essenza si possa dislocare diversamente nel tempo, a seconda del progresso scientifico o a seconda di determinate condizioni socio-ambientali. Si è anche già visto sopra come la distinzione tra fase pre-embrionale ed embrionale non sia affatto condivisa univocamente, nel mondo scientifico⁶⁵. Il fatto è che la scienza, nonostante i molti progressi fatti nella conoscenza del processo di sviluppo dell'essere umano, non sembra (ancora?) in condizione di identificare una fase in cui si realizzi un vero e proprio cambiamento di essenza, una volta compiutasi la diploidia dello zigote e quindi la formazione del corredo genetico, che identifica la persona. Peraltro, gli stessi tempi di realizzazione di questo passaggio non hanno solo interesse meramente conoscitivo, ma sono essenziali in relazione a questioni etiche e giuridiche di grande importanza, come per la c.d. "pillola del giorno dopo".

Se quindi, allo stato dell'arte, non sembra potersi identificare un passaggio che costituisca un cambiamento di essenza, dopo la fusione dei due gameti e la formazione del nuovo corredo cromosomico completo, non sarebbe allora meglio che il legislatore si attenesse al principio di precauzione⁶⁶?

Naturalmente, ciò andrebbe temperato con gli altri interessi in gioco, in modo da comporre un bilanciamento più rispettoso possibile della vita umana, sia del nascituro che della madre. In tale prospettiva, per es., un divieto totale e generalizzato di aborto, anche di fronte a rischi per la salute o la vita della madre, oltre a configurare una violazione dei diritti di quest'ultima, può dar vita a situazioni obiettivamente insensate ed inumane, come dimostra la recente vicenda di una turista statunitense a Malta⁶⁷. Questa, stando ai mezzi di comunicazione, aveva avuto una rottura anticipata delle acque che, danneggiando irreversibilmente le possibilità di vita del feto, lo aveva portato alla morte cerebrale. Siccome però il cuore batteva ancora, i medici maltesi non potevano intervenire, stante il divieto totale di aborto accolto dalla legislazione del Paese. Con ciò realizzandosi l'assurdo di mettere a grave rischio la salute (e, in caso di sepsi, anche la vita) della madre, senza neppure avere alcuna prospettiva di salvare quella del figlio...

History As World's Most Premature Baby To Survive, in NDTV, 12/11/2021, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.ndtv.com/offbeat/curtis-means-made-history-as-worlds-most-premature-baby-to-survive-2608099> .

⁶⁵ V. in proposito A. CALVO MEIJIDE, *op. cit.*, p. 291, secondo cui «L'introduzione di tale termine [pre-embrione] è soltanto una manipolazione del linguaggio, per giustificare l'utilizzazione scientifica dell'embrione umano come materiale genetico, passando sopra la gravità etica e morale della creazione ed utilizzazione dello stesso a fini di ricerca scientifica».

⁶⁶ La *Comunicazione COM(2000) 1*, della Commissione europea, p. 15, ricorda che «Il ricorso al principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; Una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione». Naturalmente una Comunicazione della Commissione UE non ha alcun rilievo giuridico negli Stati Uniti, ma il principio in essa espresso è di larga diffusione.

⁶⁷ V. per es. A. TAUB, *How an Abortion Ban Trapped a Tourist on Malta*, in *New York Times*, 23/6/2022, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/06/23/world/europe/malta-abortion-andrea-prudente.html> .

Inoltre, dato che la vita reale è, purtroppo, molto più fantasiosa della casistica giuridica, soprattutto sul versante delle tragedie, che fare quando la gravidanza sia conseguente ad uno stupro o ad un incesto⁶⁸?

Queste e molte altre sono le domande – per inciso, valide indipendentemente da qualsiasi approccio religioso o filosofico di partenza – che i legislatori dovrebbero porsi, nel bilanciamento degli interessi/diritti coinvolti dalla questione dell’aborto, in una discussione che non volesse farsi inquadrare ideologicamente nella mera contrapposizione *pro-life v. pro-choice* e che volesse effettivamente sfociare in una disciplina fondata razionalmente, come auspicato dalla Corte stessa⁶⁹. Sembra, però, che il clima politico degli USA sia, in queste settimane, piuttosto refrattario ad una valutazione ponderata del problema...

5. I profili problematici della sentenza

Accanto agli aspetti condivisibili della sentenza *Dobbs*, su cui ci si è finora concentrati, questa presenta, però, anche non pochi elementi di problematicità, ai quali è opportuno dedicare attenzione.

In primo luogo, se – alla luce di quanto già detto – si può condividere appieno l’orientamento della Corte a negare l’esistenza di un diritto all’aborto, desta preoccupazione, a questo punto, la riduzione di tutte le situazioni giuridiche soggettive coinvolte al mero *status* di interessi che lo Stato può (o meno) ritenere opportuno proteggere. Innanzi tutto, questa opzione dà sostanzialmente mano libera ai Parlamenti statali, dando luogo ad una situazione in cui la libertà di scelta ad essi garantita non potrebbe (almeno nella prospettiva della Corte) essere ristretta da nessun diritto costituzionalmente preconstituito, come è invece tipico dello Stato costituzionale, secondo quanto correttamente rilevato dall’opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan (e si noti che questa prospettiva può essere considerata dannosa, non solo da chi sostenga comunque il diritto d’aborto, ma anche da chi, invece, sostenga il diritto alla vita del nascituro). Meglio sarebbe stato, forse, dichiarare che il diritto di auto-determinazione, in relazione all’aborto, si dovesse

⁶⁸ Anche in questo caso, una vicenda particolarmente drammatica si è venuta a verificare nei giorni immediatamente successivi all’emissione della sentenza *Dobbs*, quando una ragazzina di soli 10 anni, trovata incinta a causa di uno stupro, non ha potuto abortire in Ohio, dove risiedeva, perché il locale Parlamento aveva già adottato una nuova legge che proibiva l’aborto oltre la sesta settimana di gravidanza, soglia che lei superava per pochi giorni. La ragazzina è così dovuta passare nell’Indiana per abortire. La notizia, data dall’*Indianapolis Star* dell’1 luglio 2022, è presto divenuta oggetto di polemiche tra il Presidente Biden, che la ha utilizzata in funzione pro-abortista, e diversi esponenti repubblicani, che son giunti a qualificarla come una bufala, finché non ne è stata dimostrata l’autenticità. V. S. RUDAVSKY, R. FRADETTE, *Patients head to Indiana for abortion services as other states restrict care*, in *Indianapolis Star*, 1/7/2022, disponibile *on-line* all’indirizzo <https://eu.indystar.com/story/news/health/2022/07/01/indiana-abortion-law-roe-v-wade-overturned-travel/7779936001/>; e E. IZADI, *How local journalists proved a 10-year-old’s abortion wasn’t a hoax*, in *Washington Post*, 28/7/2022, disponibile *on-line* all’indirizzo <https://www.washingtonpost.com/media/2022/07/28/ohio-abortion-journalism/>.

⁶⁹ V. per es. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 77-78.

considerare attenuato dal necessario bilanciamento col diritto alla vita del nascituro. Certo, una simile affermazione avrebbe costretto la Corte, come essa non ha invece voluto fare, a prendere posizione su un punto scientificamente controverso e riconoscere espressamente quest'ultimo diritto (fondabile peraltro – come *Roe* aveva intuito – proprio sulla stessa *due process clause* del XIV emend., su cui *Roe* aveva fondato il diritto d'aborto), ma avrebbe altresì permesso di aumentare le garanzie, per tutte le parti in causa.

Perché bilanciare diritti non è la stessa cosa che bilanciare interessi. Se si devono bilanciare diritti in collisione tra loro, la linea di equilibrio può comunque variare, in base alle scelte politiche, ma non può spingersi ad annullare o svuotare completamente nessuno di essi. Viceversa, se si bilanciano interessi, lo Stato può benissimo decidere che uno o più di essi debbano soccombere agli altri o che non sia comunque proprio interesse proteggerli. Nelle Costituzioni di democrazia sociale dal secondo dopoguerra in poi (ci si riferisce in particolare al nostro Paese, alla IV Repubblica francese, alla Germania e alle Costituzioni che sono venute dopo la caduta dei regimi autoritari e socialisti in Europa), pur con alcune eccezioni, la vita, la salute e l'auto-determinazione in materia sanitaria sono comunque ricostruite come diritti, siano essi menzionati espressamente oppure desunti dal contesto valoriale complessivo. Pertanto, possono essere bilanciati tra loro o con altri diritti costituzionalmente garantiti, ma non possono essere annichiliti, come dimostra il fatto che, ad es., nel nostro Paese, né la l. 194/78 cit., né la Corte costituzionale abbiano qualificato l'aborto come un diritto⁷⁰ e che, per contro, esso sia generalmente possibile, ma in un lasso temporale e con limitazioni procedurali e motivazionali assai più ampie di quanto non conseguisse alla sent. *Roe* (anche se non sempre l'attuazione pratica rispecchia le cautele del legislatore e del giudice, ma questo è un discorso che porterebbe troppo lontano...). Inoltre, il fatto che, in sede di aborto, si debbano bilanciare solo interessi discende da un aspetto problematico della Costituzione e della cultura sociale statunitensi. La Costituzione è del 1787-89 e, anche dopo l'approvazione di una serie di emendamenti, non ha mai accolto diritti diversi da quelli di libertà, approfondendo solamente, per ovvie ragioni storiche, la dimensione della non-discriminazione. Donde la tendenza delle corti e della società stessa a ricostruire i vari tipi di relazioni sociali secondo un modello essenzialmente privatistico ed individualistico. Non a caso, la stessa sent. *Roe* aveva ricostruito il diritto d'aborto nel quadro del diritto all'auto-determinazione individuale della donna; e, su questo profilo, *Dobbs* non ha affatto innovato, derubricando semplicemente il diritto a mero interesse. Ne deriva che, sia che si confronti con importanti proibizioni legislative dell'aborto, sia che disponga della libertà di scelta garantita dalla sent. *Roe*, la donna statunitense è, per così dire, "costituzionalmente sola", laddove l'aborto è invece un problema, a volerlo inquadrare correttamente, sociale, che non si può superare soltanto in termini

⁷⁰ Come ricorda giustamente G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 24/6/2022, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2379-a-proposito-della-bozza-alito-l-aborto-e-una-grave-questione-morale-e-non-un-diritto-costituzionale>.

di proibizione e repressione, ma richiede l'attivazione di tutte le risorse di solidarietà che i cittadini possano offrire e i poteri pubblici disporre e disciplinare (consultori, diffusione e corretta informazione sulla contraccezione, supporti economici e sostegno psicologico alle madri in difficoltà, possibilità di non riconoscere il figlio e darlo in adozione, politiche attive di sostegno alle famiglie – sia mono- che bi-parentali, e così via). Naturalmente, il taglio della Costituzione USA non impedisce alla Federazione ed agli Stati di adottare leggi e politiche sociali, anche in materia di aborto, tuttavia queste non hanno alcuna protezione costituzionale, mentre in quei Paesi europei, tra cui il nostro, in cui la Costituzione rinvia anche alla protezione della maternità e/o della famiglia, tali leggi e politiche sociali possono essere lette, se non come costituzionalmente necessitate, almeno come costituzionalmente indotte, proprio dalla necessità di bilanciare diritti ed indirizzi costituzionali. In secondo luogo, anche se si può condividere l'idea che la sent. *Roe*, indipendentemente dai contenuti, avesse comunque fornito un inquadramento dell'aborto talmente dettagliato da assumere di fatto un'impropria funzione legislativa, tuttavia, nella motivazione della Corte in *Dobbs* non convince l'argomentazione, sostanzialmente retorica, per cui tutto può essere rinviato al popolo e ai Parlamenti statali e la Corte dovrebbe limitarsi soltanto a valutare che le leggi in oggetto siano razionalmente fondate. Non convince, intanto, perché nello Stato costituzionale contemporaneo l'attività del legislatore non è totalmente libera, ma deve conformarsi a dei limiti costituzionali, che spetta proprio alle Corti (costituzionali o meno) far garantire, come si è già accennato sopra. Poi, perché i criteri della *rational basis review*, sulla quale dovrebbero poggiare i giudizi venturi della Corte, non vengono illustrati dalla stessa. Quindi, o questi dovranno limitarsi alla valutazione dell'esistenza di interessi che autorizzino lo Stato a legiferare (ma questa è solo che ovvia, in un tema come l'aborto) e del fatto che tali interessi siano stati presi in considerazione – qualunque sia il risultato – dai legislatori, o saranno invece definiti con chiarezza in una prossima pronuncia, oppure finiranno inevitabilmente per dar luogo a una giurisprudenza creativa, dai confini non meno incerti di quella fondata sull'*undue burden* della sent. *Casey*. Né appare realistico che la Corte creda davvero di potersi limitare alla funzione, vagamente arbitraria, da essa stessa prefigurata. *Quid juris*, infatti, se uno Stato dovesse approvare una legge che proibisse l'aborto ad ogni stadio della gravidanza, anche in presenza di rischi per la vita della madre? O, viceversa, che lo autorizzasse per qualsiasi ragione ed in ogni stadio della gravidanza, senza neppure il limite della *viability*? Appare logico credere che i sostenitori della linea rifiutata dalla legge in questione cerchino di rivalersi, ancorando dei ricorsi giurisdizionali a questa o quella disposizione costituzionale (ad es., il diritto alla vita nella *due process clause* del XIV emend.: nel primo caso si potrebbe obiettare che lasciare la vita della madre in balia degli eventi non è un *due process of law*; nel secondo, che non viene garantita alcuna protezione al diritto alla vita del nascituro...). Alla fin fine, quindi, la Corte dovrà ben prendere una qualche posizione e, pur senza ripetere l'errore di *Roe*, identificare almeno qualche elemento guida di un bilanciamento degli interessi in gioco, costituzionalmente sostenibile.

In terzo luogo, proprio l'opzione "neutralista" della Corte sembra destinata a rinfocolare una dialettica di confronto tra Federazione e Stati membri, potenzialmente suscettibile di

sfociare, con singolare eterogenesi dei fini, nella definitiva appropriazione federale della competenza legislativa in materia di aborto, sebbene, per il momento, sembri opporsi a tale prospettiva la differenza di maggioranza politica tra le due camere del Congresso. Come noto, l'art. 1, sez. 8, Cost., contiene un elenco delle materie di competenza federale, al quale si aggiungono tutte le materie eventualmente demandate al Congresso da altre disposizioni costituzionali e dai successivi emendamenti, come ha fatto, per es., proprio il XIV di essi. Inoltre, lo stesso art. 1, sez. 8, Cost., contiene la c.d. clausola dei poteri impliciti, in base alla quale il Congresso ha il potere «di fare tutte le leggi necessarie e idonee per l'esercizio dei poteri [espressamente elencati], e di tutti gli altri poteri che la presente Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti, od ai suoi dicasteri ed uffici». Storicamente, tale clausola ha consentito la progressiva espansione delle competenze federali, là dove: a) il Congresso abbia ritenuto di dover legiferare su una materia non elencata, a causa delle connessioni tra questa e le materie elencate; e, b) la Corte suprema, ove investita della questione, abbia avallato la lettura congressuale. Ciò ha fatto sì che, nel corso dei decenni, pur assistendosi sul lungo periodo ad un sostanziale ampliamento delle competenze federali, questo percorso non abbia avuto un andamento regolare, ma piuttosto ondivago, secondo gli orientamenti dei Presidenti (di solito – con una buona dose di semplificazione – più legati ad una visione filo-statale quelli repubblicani e più vicini ad un'opzione filo-federale quelli democratici) e la loro possibilità o meno di contare su un Congresso di analoga fede politica, nonché secondo gli orientamenti interpretativi prevalenti all'interno della Corte suprema. Basti pensare al duro confronto tra il Presidente F.D. Roosevelt e il Congresso, da un lato, e la Corte suprema, dall'altro, nei primi anni del *New Deal*, poi superato in virtù della plurima rielezione del primo e della possibilità da questi avuta, in quattro mandati, di modificare incisivamente la composizione della Corte stessa. In questo quadro di relativi *stop and go*, il contenimento delle competenze federali e una certa ri-espansione di quelle statali sembrano costituire oggi l'orientamento tendenziale della Corte, già dagli anni Ottanta del secolo scorso⁷¹. Anche per questo, può apparire strano il fatto che, nonostante le ostentate affermazioni di voler restituire la parola al popolo degli Stati ed ai suoi rappresentanti, nella critica della sent. *Dobbs* al precedente di *Roe*, ciò che viene contestato alla Corte del 1973 è, essenzialmente, il fatto di avere indebitamente svolto una funzione legislativa, sostituendosi ai Parlamenti, mentre non viene dato particolare rilievo al fatto che, per quella via, si fosse realizzato anche un sostanziale slittamento della competenza “normativa”, dal piano statale a quello federale⁷².

⁷¹ Come rileva M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, II ed., 2014, p. 78.

⁷² Aspetto, invece, lucidamente sottolineato dal giudice Scalia, nella sua opinione, in parte concorrente sul dispositivo e in parte dissenziente, sulla sent. *Casey*. Secondo Scalia, la sent. *Roe* «ha distrutto i compromessi del passato, ha reso impossibile il compromesso per il futuro ed ha ordinato che l'intera questione sia risolta uniformemente, a livello nazionale». Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., *Opinion of Scalia, J.*, p. 995 (corsivi miei).

Ora, alla sola luce dell'art. 1, sez. 8, Cost., non c'è il minimo dubbio che salute, famiglia e maternità non siano materie di competenza federale, tuttavia, come già accennato sopra, «il Congresso è incaricato di emanare le norme necessarie per l'applicazione» del XIV emend., per espressa disposizione della sez. 5 dello stesso. Di conseguenza, l'impianto della sent. *Roe*, oltre a portare la trattazione del tema a livello federale, attraverso le linee-guida formulate nella sentenza stessa, lo faceva (almeno potenzialmente) anche attraverso l'ancoraggio del diritto di aborto al XIV emend.. Essa, peraltro, non portava la propria impostazione alle estreme conseguenze, in quanto continuava ad indirizzare le proprie linee-guida ai Parlamenti statali, come a sottolineare che la competenza restasse la loro, pur nel quadro degli orientamenti definiti dalla sentenza; ed in effetti, anche dopo il 1973, gli Stati hanno continuato a legiferare in materia, seppure sotto la spada di Damocle che, un giorno, il Congresso potesse ritenere venuto il momento di «emanare le norme necessarie per l'applicazione» del diritto d'aborto, cosa che, evidentemente, non si è rivelata necessaria, proprio per il carattere stringente ed uniformatore delle linee-guida della sent. *Roe*.

Così stando le cose, oltre all'annullamento delle sentt. *Roe* e *Casey*, la negazione di un diritto d'aborto fondato sul XIV emend. risultava logicamente necessaria, perché la Corte potesse far ri-espandere, in piena sicurezza, le competenze statali in materia, escludendo così, in linea di principio (sebbene la Corte non si sia pronunciata esplicitamente in tale direzione), ogni competenza federale.

La sentenza *Dobbs*, quindi, parrebbe – tra le altre cose – confermare il succitato *trend* di rivalutazione delle competenze statali. Nonostante questo, però, si può già ricostruire uno scenario che giustifichi un intervento federale, peraltro già tentato più volte (e non solo a ridosso della sent. *Dobbs*)⁷³ ed apparentemente considerato plausibile dallo stesso giudice Kavanaugh⁷⁴.

In proposito, conviene partire dal fatto che, pur sostenendo l'inesistenza di un diritto costituzionale all'aborto, la Corte non ha posto sostanziali restrizioni contenutistiche alla libertà d'azione dei Parlamenti statali. Pertanto, già dai primi giorni successivi alla sentenza, ha cominciato a delinarsi una mappa molto variegata della geografia legislativa statunitense

⁷³ Dal 2013, ben 7 progetti di legge dallo stesso nome (*Women's Health Protection Act*) sono stati regolarmente presentati in ogni legislatura, senza esito. Il penultimo, lo *Women's Health Protection Act 2022*, presentato pochi giorni prima della sent. *Dobbs*, è stato approvato alla Camera dei Rappresentanti, ma bocciato al Senato; dopo di che, il 7 luglio 2022, un nuovo progetto dalla medesima intestazione è stato ripresentato alla Camera dalla Rappresentante Judy Chu. È stato poi approvato dalla Camera, ma è ancora pendente in Senato, l'*Ensuring Access to Abortion Act 2022*, che mira a proibire limitazioni agli spostamenti delle donne che viaggiassero da uno Stato all'altro per abortire. Mentre il Presidente Biden ha adottato l'8 luglio 2022 l'*Executive order 14076 (Protecting Access to Reproductive Healthcare Services)* che prevede alcune misure di sostegno all'uso della contraccezione, alla tutela della *privacy* nell'accesso ai servizi di salute e alla difesa processuale delle donne che dovessero subire processi per aver abortito.

⁷⁴ Si tratta forse di una sfumatura, ma sta di fatto che, nella propria opinione concorrente, Kavanaugh abbia affermato che «Sulla questione dell'aborto, la Costituzione ... è neutrale e lascia che la questione sia risolta dal popolo e dai suoi rappresentanti eletti, attraverso il processo democratico, // negli Stati o nel Congresso», suggerendo quindi la liceità di un futuro intervento legislativo federale in materia. Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Kavanaugh, J., concurring*, pp. 2-3 (corsivi miei).

in tema di aborto, con Stati che lo proibiscono in ogni stadio della gravidanza, salvo i casi di rischio per la vita della madre, Stati che lo autorizzano pressoché sempre e, soprattutto, un'enorme varietà di soluzioni intermedie. In questo contesto, si è manifestato – com'era facile prevedere – il fenomeno per cui molte donne si spostano dal proprio Stato, più proibizionista, verso altri Stati più permissivi, per poter abortire. Alla luce dei numerosi precedenti e considerando che tali spostamenti determinano una consistente attività economica (tanto più che il settore privato ha, nella sanità degli USA, un'importanza ben maggiore che nel nostro Paese), non verrebbe fatto di pensare che – perduta la possibilità di rifarsi al XIV emend. – il Congresso federale possa avocare a sé la competenza in materia di aborto, in base alla *interstate commerce clause* dell'art. 1, sez. 8, Cost., che, storicamente, è stata la clausola costituzionale più efficace, per giustificare l'assunzione di competenze legislative federali in materie non enumerate dallo stesso articolo?

Orbene, anche se una simile ipotesi potrebbe sembrare una forma di *humour* nero, è invece proprio quanto preconizzato dalla sez. 2 della nuova versione dello *Women's Health Protection Act* 2022 (H.R. 8296), presentato alla Camera dei Rappresentanti il 7 luglio 2022 (poche settimane dopo la bocciatura di un suo omonimo), approvato dalla stessa il 15 luglio ed attualmente all'esame del Senato. Questa sezione illustra le basi e le finalità (*findings and purpose*) del progetto stesso e, dopo le considerazioni sull'importanza dei servizi abortivi per la salute delle donne e per la loro libertà di determinare le proprie scelte di vita (secondo il modello che era stato accolto dalla sent. *Roe* e che giustifica qui un nuovo richiamo alla sez. 1 del XIV emend.), nonché una lunga dissertazione volta a dimostrare come le proibizioni dell'aborto si riverbererebbero, prima di tutto, sui gruppi svantaggiati (suggerendo, quindi, che violino anche le norme costituzionali anti-discriminatorie), finisce però per ancorare la titolarità del Congresso federale a legiferare in materia, prima di tutto proprio sulla *interstate commerce clause*, considerando che «... le persone attraversano i confini di Stato o comunque si dedicano a [forme di] commercio interstatale per accedere a questo essenziale servizio medico e ancor più sarebbero costrette a farlo in mancanza di questa legge. Allo stesso modo, dei medici attraversano i confini di Stato o comunque si dedicano a [forme di] commercio interstatale per garantire alle pazienti i servizi per l'aborto e ancor più sarebbero costretti a farlo in mancanza di questa legge. ... I medici si dedicano a una forma di attività economica e commerciale, quando forniscono servizi per l'aborto, ed esiste un mercato interstatale di servizi per l'aborto»⁷⁵. Dato il risultato del suo omonimo precedente, non sembra plausibile che il progetto H.R. 8296 venga approvato nella presente legislatura, ma ben potrebbe esserlo, ove – com'è

⁷⁵ Cfr. *Women's Health Protection Act* 2022 (H.R. 8296), sez. 2, nn. 23-24. Naturalmente, il testo fa riferimento anche alla sez. 1 del XIV emend., ma, comprensibilmente, non calca molto la mano su questo riferimento, dato che è stato appena rifiutato dalla sent. *Dobbs*. Il testo del progetto di legge è disponibile *on-line* sul sito del Congresso, all'indirizzo <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8296/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Women%27s+Health+Protection+Act+2022%22%2C%22Women%27s%22%2C%22Health%22%2C%22Protection%22%2C%22Act%22%2C%222022%22%5D%7D&r=1&s=2>.

prevedibile – reiterato, nelle prossime, specie se il Partito Democratico dovesse riuscire a conservare la maggioranza alla Camera ed a conquistarla in Senato⁷⁶.

Ove approvata, la legge sarebbe certamente oggetto di qualche ricorso, prima di tutto da parte di qualcuno degli Stati che ritenessero incostituzionale l'assunzione di poteri legislativi in materia, da parte del Congresso federale. In questo caso, la Corte sarebbe giudice di unica istanza, ai sensi dell'art. 3, sez. 2, c. 2, Cost.: potrebbe, allora, limitarsi soltanto a dichiarare incostituzionale la legge federale, negando l'utilizzabilità della clausola del commercio interstatale, o non sarebbe piuttosto costretta a fornire alcune linee per il necessario riavvicinamento delle legislazioni in materia di aborto, una volta constatato che la loro divaricazione comporta la possibile conseguenza di un intervento federale? Oltre tutto, si può notare che la clausola in oggetto potrebbe essere invocata anche da un'eventuale maggioranza *pro-life*, all'interno del Congresso, nella prospettiva di adottare una legge federale restrittiva delle possibilità di aborto, anziché una che le tuteli, come nel testo in esame. Orbene, anche in questo caso la Corte si troverebbe a confrontarsi con gli stessi problemi, sia pure dovendo esaminare un testo di orientamento opposto...

Last but not least (anzi!...), il quarto aspetto problematico della sent. *Dobbs* è il ricorso, fatto dalla maggioranza (tranne il Presidente Roberts), a un'interpretazione costituzionale di tipo originalista, che ha suscitato accuse di deriva conservatrice e timori che l'annullamento del diritto d'aborto possa estendersi presto ad altri diritti inespressi, finora coperti dalla *due process clause* del XIV emend.⁷⁷

Anche su questo tema, appare però necessario fare alcuni distinguo. In quanto tale, l'interpretazione originalista non è conservatrice, né progressista⁷⁸, ma costituisce un criterio ermeneutico orientato alla maggior adesione possibile alla letteralità del testo, onde evitare che il giudice, attraverso interpretazioni eccessivamente creative, finisca, foss'anche involontariamente, per svolgere un'azione sostanzialmente legislativa, violando così il princi-

⁷⁶ Va comunque precisato che il *cleavage* nelle opinioni in materia di aborto non ricalca totalmente quello partitico. Tuttavia, in linea di massima, si può affermare che nel Partito Repubblicano risulti maggioritaria l'opzione *pro-life* e nel Democratico quella *pro-choice*. Peraltro, nonostante la forte bipolarizzazione in corso, le posizioni di molti parlamentari e cittadini statunitensi non sono necessariamente riconducibili a questi due schieramenti.

⁷⁷ Come si è ricordato sopra, l'opinione della maggioranza, in *Dobbs*, esclude espressamente questa ipotesi, stante la peculiarità dell'aborto rispetto alle altre fattispecie finora garantite in base al diritto all'auto-determinazione, tuttavia l'opposta interpretazione fornita dall'opinione concorrente del giudice Thomas ha costituito motivo di allarme, tanto per i giudici dissenzienti, quanto per l'opinione pubblica. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Thomas J., concurring*, p. 3, e *Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting*, pp. 25-26.

⁷⁸ V. in proposito L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, disponibile *on-line* sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione-una-risposta](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta). Afferma inoltre, correttamente, Q. CAMERLENGO, *Originalismo e "living Constitutionalism"*, *tra domanda di Costituzione e principi supremi*, che «l'originalismo è congeniale alla affermazione di posizioni conservatrici o, all'opposto, progressiste nella misura in cui, però, lo stesso testo costituzionale sia il frutto di orientamenti politici conservatori o, rispettivamente, progressisti». L'articolo è disponibile *on-line* sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-living-constitutionalism-tra-domanda-di-costituzione-e-principi-supremi>.

pio della separazione dei poteri⁷⁹: che è poi una delle principali critiche rivolte dalla sent. *Dobbs* a *Roe*. Nelle parole della stessa sent. *Dobbs*, «nell'interpretazione di cosa significhi il riferimento del XIV emendamento alla "libertà", dobbiamo guardarci dalla naturale tendenza umana a confondere ciò che l'emendamento protegge con le nostre appassionate opinioni sulla libertà di cui dovrebbero godere gli Americani»⁸⁰.

Peraltro, non si può dimenticare che, negli Stati Uniti, l'universo dei sostenitori di un approccio originalista non è monolitico, ma si articola in diverse declinazioni: ad una corrente più radicale, secondo cui l'interpretazione (in sede di questione di costituzionalità di una legge) dovrebbe rifarsi esclusivamente agli "intendimenti originari" del legislatore costituente, si affiancano, almeno, quella che fa riferimento alle intenzioni delle assemblee che hanno ratificato il testo, quella che si rifà al dibattito pubblico sorto in occasione della discussione ed approvazione del testo e quella che esamina i criteri interpretativi in uso all'epoca dell'approvazione del testo⁸¹. A queste correnti principali, se ne affiancano poi altre, che si potrebbero definire "ibride" e che non sono accolte solo da giuristi di orientamento conservatore, in particolare il *framework originalism* di Jack Balkin⁸², secondo cui l'originalismo appresterebbe soltanto per i «giudici una cornice di principi e regole ... che lasciano però aperta la possibilità per le future generazioni "di costruire e realizzare la Costituzione-in-pratica"»⁸³. Queste ultime correnti presentano una maggiore o minore apertura agli assunti delle principali scuole interpretative che si è soliti opporre all'originalismo, ovvero: a) quella della *living Constitution*, secondo la quale «la materia costituzionale, pur definita dalle disposizioni della Carta fondamentale, si presta ad accogliere elementi inediti, anche in virtù di interpretazioni [giurisprudenziali] evolutive degli stessi enunciati, affinché il testo sia adattato, in assenza di formali revisioni costituzionali, alle trasformazioni in atto nella società»⁸⁴ (e si vedrà tra breve quanto pesi il problema dell'assenza di formali revisioni costituzionali); e, b) quella della *active liberty*, «incentrata sulla partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e sul loro concorso all'interpretazione»⁸⁵. Tuttavia, il rischio che l'interpretazione originalista si presti ad essere soltanto «uno stragemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore»⁸⁶ può ragionevolmente essere paventato, a fronte, alme-

⁷⁹ Per una critica dell'originalismo, enunciata da uno dei protagonisti del dissenso alla sent. *Dobbs*, v. S. BREYER, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, Knopf, 2010.

⁸⁰ Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 14.

⁸¹ V. in proposito R. BALDUZZI, *Politica e magistratura*, Milano, 2021, pp. 107-108.

⁸² Teorizzato nel volume dal significativo titolo di *Living Originalism*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011.

⁸³ Cfr. L.P. VANONI, *op. cit.*.

⁸⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *op. cit.*.

⁸⁵ Cfr. R. BALDUZZI, *op. cit.*, p. 107. Di quest'ultima corrente è esponente il giudice S. BREYER, di cui si veda *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Vintage Books, 2005.

⁸⁶ In tal senso, cfr. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, disponibile on-line sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la->

no, di quella parte della corrente originalista che si rifà alla ricerca degli “intendimenti originari” del legislatore, senza lasciar spazio ad alcuna interpretazione evolutiva.

In tale prospettiva, anche i criteri interpretativi del radicamento di un diritto nella storia e nelle tradizioni del Paese, nonché della sua ricomprensibilità all’interno di uno schema di “libertà ordinata”, che pure costituiscono da decenni un consolidato orientamento della Corte, appaiono suscettibili di letture particolarmente restrittive, là dove si dia il primato assoluto alla volontà originaria del legislatore costituente.

Sebbene non sia interamente questo il caso dell’impostazione data dal giudice Alito alla sentenza *Dobbs*, certo se ne possono rilevare tracce importanti, che sembrano avvicinarla alle letture più strette del canone originalista. In primo luogo, come si è già ricordato sopra (n. 31), la Corte contesta, alle deduzioni presentate dalla *Jackson Women’s Health Organization*, che queste «non siano state capaci di dimostrare // che un diritto costituzionale all’aborto fosse consolidato *quando è stato adottato il XIV emend.*»⁸⁷, con ciò riferendosi, non tanto all’intendimento originario del legislatore, quanto, per lo meno, allo stato della legislazione e della sensibilità sociale diffusa nel 1868. Da ciò la decisione di compiere, nelle appendici A e B, un’esposizione dettagliata delle legislazioni in materia di aborto al 1868, ovvero – appunto – alla data di approvazione del XIV emendamento. Tale scelta presta il fianco, almeno, a due critiche. In primo luogo, la dimostrazione che il diritto d’aborto non fosse radicato nella storia e nelle tradizioni del Paese sarebbe stata tanto più agevole con un *excursus* storico che desse conto delle legislazioni e del dibattito al momento dell’emissione della sent. *Roe* e dell’intensità dello stesso dibattito odierno: orbene, la Corte fa questo nelle proprie argomentazioni, ma allora perché, nell’appendice, non limitarsi a, o almeno aggiungere, lo stato della legislazione al 1973? In secondo luogo, se ci si attiene troppo strettamente alla volontà del legislatore al momento dell’approvazione del testo (o dell’emendamento) costituzionale, quale possibilità di adattamento dei valori costituzionali all’evoluzione sociale si può realizzare? Avrebbe allora ragione il giudice Thomas, nel rivendicare la revisione di altre sentenze che hanno collegato al diritto all’auto-determinazione diritti personali cui certamente non pensava il revisore costituzionale del 1868? Chiaro che, per fare un esempio lampante, nelle legislazioni di quell’anno non c’era alcuno spazio per il matrimonio omosessuale di cui alla sent. *Obergefell v. Hodges* del 2015...

Da questo punto di vista, appare altresì evidente che, contrariamente a quanto ipotizzato da commenti di natura esclusivamente politica e dalla semplificazione giornalistica, la sentenza *Dobbs* non assume affatto una prospettiva *pro-life*⁸⁸. Innanzi tutto, perché, pur affermando l’inesistenza di un diritto costituzionale d’aborto, essa non sostituisce alle in-

lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politicita-della-corte-suprema-degli-stati-uniti .

⁸⁷ Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 25-26 (corsivi miei).

⁸⁸ Come sottolinea l’opinione concorrente del giudice Kavanaugh, «Sulla questione dell’aborto, la Costituzione non è ... né *pro-life*, né *pro-choice*. La Costituzione è neutrale e lascia che la questione sia risolta dal popolo e dai suoi rappre-

dicazioni di *Roe* e *Casey* altre indicazioni di segno contrario, ma anzi, nel demandare agli Stati le decisioni in materia, contempla espressamente l'ipotesi che «il popolo dei diversi Stati possa valutare diversamente [gli interessi in causa]. *In certi Stati, gli elettori possono ritenere che il diritto d'aborto debba essere ancor più estensivo del diritto riconosciuto da Roe e Casey.* In altri Stati, gli elettori possono desiderare di imporre stringenti restrizioni, fondate sul loro convincimento che l'aborto distrugga un “essere umano non nato”»⁸⁹. Poi, perché l'approccio strettamente originalista non può dar seguito a un'interpretazione evolutiva su altri aspetti di una visione compiuta e coerente di difesa della vita (peraltro non accolta neppure da molti militanti *pro-life* americani, che restringono incomprensibilmente il campo della loro opzione alla questione aborto): come si potrebbe dichiarare incostituzionale la pena di morte, se la Costituzione addirittura la presuppone, semplicemente sottoponendola alle esigenze del *due process of law*? Se anche ci si volesse appellare all'VIII emendamento⁹⁰, che proibisce di infliggere «pene crudeli e inusitate», come si potrebbe dimostrare che nel 1791 (data di adozione dello stesso) la pena di morte fosse considerata tale? E, come conferma la sent. *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, del 23 giugno scorso, come ritenere costituzionale una restrizione del «diritto dei cittadini di tenere e portare armi», *ex* II emendamento, nonostante le periodiche stragi compiute da folli e fanatici di ogni sorta, con drammatica regolarità?

6. I problemi istituzionali sullo sfondo

Il fatto è che, al di là della ovvia delicatezza della questione aborto, sia l'intensità delle polemiche in corso, sia il potenziale impatto che una lettura di originalismo stretto potrebbe avere sul sistema politico e giuridico americano, non possono essere pienamente

sentanti elettivi, attraverso il processo democratico, // negli Stati o nel Congresso – come per numerose altre, difficili questioni di politica sociale ed economica ... che la Costituzione non affronta.

Poiché la Costituzione è neutrale sulla questione dell'aborto, anche questa Corte deve essere scrupolosamente neutrale. I nove componenti non elettivi di questa Corte non possiedono il potere costituzionale di scavalcare il processo democratico e di imporre, a tutti i 330 milioni di persone degli Stati Uniti, un indirizzo *pro-life*, oppure *pro-choice*, in materia di aborto». Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., Kavanaugh, J., concurring, pp. 2-3. V. in proposito anche N. Zanon, La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh, disponibile on-line sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh>.

⁸⁹ Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 31 (corsivi miei).

⁹⁰ È quanto fatto dalle sentenze *Atkins v. Virginia* del 2002 e *Roper v. Simmons* del 2005, che hanno dichiarato incostituzionali, rispettivamente, la pena di morte inflitta a disabili mentali e quella inflitta a minorenni al momento del delitto. Nel primo caso, l'inusualità della pena venne desunta dal fatto che la grande maggioranza degli Stati membri dove esisteva la pena di morte, non la prevedesse per i disabili mentali, e la sua crudeltà dal fatto che essa non potesse assolvere né una funzione di deterrenza (verso altri disabili mentali) né una retributiva, dato che il reo non ne poteva comprendere il senso, la portata e le conseguenze. Nel secondo caso, il monitoraggio sull'inusualità della pena si estese dalle sole leggi degli Stati USA a quelle degli altri Paesi, scelta, questa, decisamente innovativa per gli *standard* della Corte.

compresi, a parere di chi scrive, senza una riflessione su alcuni elementi di “blocco” delle istituzioni statunitensi, che in questi ultimi anni, complice anche la radicalizzazione di alcune forze politiche (in particolare del Partito Repubblicano), stanno rischiando di mettere a dura prova la tenuta stessa. Si tratta di questioni che non hanno una connessione diretta con l’aborto, bensì col ruolo della Corte suprema, e che pertanto si riverberano anche sulle posizioni da essa espresse in materia di aborto e, soprattutto, sulla percezione di tali posizioni, da parte del grande pubblico.

6.1. Le modalità di nomina dei giudici

La Costituzione degli Stati Uniti si fonda su un principio cardine, organizzativo e valoriale al contempo, quello della separazione dei poteri, per garantire il quale ha introdotto anche soluzioni di ingegneria costituzionale molto raffinate. Tuttavia, in questo grande disegno, c’è un’importante e stridente dissonanza: la nomina dei «giudici della Corte suprema e tutti gli altri pubblici funzionari degli Stati Uniti» (tra i quali i giudici delle altre Corti federali istituite più tardi dal Congresso), cioè la nomina dei componenti del Potere giudiziario federale, ad opera del Presidente, organo di vertice del Potere esecutivo, col consenso del Senato, parte del Potere legislativo, secondo l’art. 2, sez. 2, c. 2, Cost.. È vero che, dopo la nomina, i giudici godono delle maggiori garanzie di indipendenza, essendo in carica *during good behaviour* (in pratica a vita, salvo rimozione tramite *impeachment*) ed essendo assoggettati soltanto alla Costituzione ed alle leggi, tuttavia resta il problema che i diversi Presidenti, attraverso le proprie scelte, cercano attivamente di influenzare gli orientamenti e la filosofia giurisprudenziali delle corti federali e in particolare della Corte suprema e, tramite questa, l’interpretazione prevalente della Costituzione.

Ne conseguono almeno due elementi critici. Il primo è che il cittadino statunitense è abituato a ragionare in termini di giudici “repubblicani” e “democratici”; orbene, tale distinzione ha, nella vita quotidiana delle corti, meno importanza di quanto si possa credere (come ricordato sopra, alla n. 54), data l’effettiva indipendenza dei giudici, ma è inevitabile che in occasione di decisioni di particolare importanza della Corte suprema, come quella sull’aborto, questo *cleavage* riacquisti importanza, non perché i giudici siano in alcun modo influenzabili dalle indicazioni dei partiti, ma perché sono stati scelti dai Presidenti proprio in considerazione del loro orientamento giurisprudenziale sui temi essenziali dell’interpretazione costituzionale e legislativa. Ciò rende inevitabile, per i profani, una lettura delle sentenze molto più politica di quanto queste non siano in realtà, specie quando, come nel caso in questione e nelle altre due coeve sentenze sopra citate, la distribuzione del voto dei giudici corrisponde, in effetti, all’orientamento politico dei Presidenti che li hanno nominati. In secondo luogo, la carica, potenzialmente a vita, dei giudici costituisce certamente un elemento fondamentale della loro indipendenza, ma comporta la conseguenza che la modifica dei componenti della Corte suprema segua ritmi randomici, che possono dar luogo a fenomeni di squilibrio, come evidenzia, ad es., il fatto che i Presidenti Obama e George Bush jr., in otto anni di mandato, si siano trovati a nominare solo due giudici della Corte suprema a testa, mentre il presidente Trump, in soli quattro anni, abbia

potuto nominarne tre⁹¹. Se a questo si aggiungono alcuni recenti ed inediti comportamenti di grave scorrettezza da parte del Senato, che ha rifiutato di confermare la nomina del giudice Garland, avanzata dal Presidente Obama nel marzo 2016, sull'assunto che ci si trovava nell'anno dell'elezione presidenziale, salvo poi consentire tranquillamente la nomina della giudice Barrett da parte del Presidente Trump nel settembre 2020, soltanto pochi giorni prima dell'elezione presidenziale, non può stupire che il cittadino comune sia portato a considerare la Corte come un soggetto politico e ad interpretare in tale ottica le sue sentenze, perdendo di vista quanto in esse sia invece meritevole di riflessione.

Anche scartando l'ipotesi di istituire un organismo simile al nostro CSM, soluzione tradizionalmente estranea alla cultura istituzionale anglosassone, una simile deriva potrebbe forse essere bloccata istituendo un organismo indipendente che istruisca, su basi oggettive, il procedimento di nomina, lasciando al Presidente (e al Senato) una limitata scelta tra pochi nominativi, selezionati in base al merito (cosa che presumibilmente sarebbe realizzabile a Costituzione immutata), oppure attribuendo ad altri soggetti la nomina dei giudici, quanto meno della Corte suprema (ma questo richiederebbe un emendamento costituzionale).

6.2. Le modalità di elezione del Presidente

Come noto, il Presidente degli Stati Uniti è eletto a suffragio universale, ma indiretto: i cittadini eleggono un collegio di grandi elettori, che a sua volta elegge, a maggioranza assoluta, il Presidente e il Vicepresidente⁹². Nel disciplinare l'elezione dei grandi elettori, ad oggi ben 48 Stati su 50 utilizzano un sistema maggioritario di lista a turno unico, in base al quale tutti i posti di grande elettore spettanti allo Stato vanno alla lista che ha ottenuto più voti⁹³. Tale sistema ha una fortissima carica distorsiva, rispetto all'andamento del voto popolare, esemplificata dall'eventualità in cui venga eletto Presidente il candidato che, in conseguenza della distribuzione geografica del voto, abbia ottenuto più elettori presidenziali, pur essendo arrivato secondo sul piano del voto popolare. Tale eventualità non è frequente e non si è mai realizzata nel XX sec., ma si è già verificata due volte in questo scorcio del XXI. Inoltre, l'esperienza storica dimostra che, proprio per l'importanza che la distribuzione geografica del voto riveste in uno scrutinio così organizzato, tale eventualità non è neppure politicamente neutra: eccettuando il caso del 1824, in cui il sistema di partiti era ancora fluido e, comunque, l'elezione finale spettò alla Camera dei Rappresentanti,

⁹¹ È stata peraltro notata una crescente propensione dei giudici della Corte suprema, ove intenzionati a dimettersi dall'incarico, a farlo quando sia in carica un Presidente dello stesso orientamento politico di quello che li aveva scelti. V. A. WARD, *Deciding to Leave: The Politics of Retirement from the United States Supreme Court*, Albany, SUNY Press, 2003.

⁹² Dato il carattere bipartitico del sistema di partiti, non acquista generalmente rilevanza la previsione dell'art. 2, sez. 1, c. 4, Cost., poi modificata nel 1804 (ma non nella parte che qui interessa) dal XII emend., per cui spetterà alla Camera dei Rappresentanti eleggere il Presidente e al Senato il Vicepresidente, ove, nel voto dei grandi elettori, nessun candidato ottenga la maggioranza assoluta di essi. Tali previsioni hanno avuto attuazione solo due volte, nel 1800 e nel 1824.

⁹³ Solo in Maine e in Nebraska vengono utilizzati i collegi elettorali delle elezioni congressuali, per cui due elettori sono eletti in collegio unico nazionale e gli altri in collegi uninominali, sempre con sistema maggioritario a un turno. Ciò ha portato nel 2008, in Nebraska, all'elezione di quattro elettori repubblicani ed un democratico.

in tutti gli altri quattro casi (1876, 1888, 2000 e 2016) l'effetto distorsivo ha giocato a favore del candidato repubblicano, mai di quello democratico⁹⁴.

Il “risultato invertito” delle elezioni presidenziali, poi, sta avendo una conseguenza drammatica sulla Corte suprema e sulla sua credibilità. Infatti, nella Corte che ha pronunciato la sentenza *Dobbs*, sedevano ben tre giudici su nove nominati da un Presidente che, se il voto dei cittadini statunitensi non fosse stato indiretto, non sarebbe stato eletto e pertanto non avrebbe potuto nominarli⁹⁵. Indubbiamente, la consapevolezza di questo può a sua volta indurre i cittadini ad attribuire alla Corte un tasso di politicità – e di politicità distorta – superiore a quanto giustificerebbe il suo comportamento complessivo.

Anche in questo caso, si potrebbe ovviare al fenomeno distorsivo attraverso una modifica delle leggi statali sull'elezione dei grandi elettori, non tanto in senso proporzionale (che è piuttosto estraneo alla cultura politica anglosassone e potrebbe ingenerare il timore di un collegio elettorale senza maggioranze), quanto nel senso di abbandonare il maggioritario di lista e generalizzare il sistema già adottato da Maine e Nebraska, cosa che consentirebbe, almeno negli Stati grandi, una più diversificata rappresentanza nel collegio degli elettori presidenziali e una riduzione del rischio di elezione del candidato “perdente”. Tale modifica non toccherebbe la Costituzione, ma richiederebbe il cambiamento di ben 48 leggi statali ed è facile immaginare che il Partito Repubblicano, godendo della rendita di posizione conseguente all'attuale sistema, si opporrebbe. Mentre la soluzione democraticamente più lineare, il passaggio all'elezione diretta, richiederebbe un emendamento costituzionale.

6.3. La Costituzione e la sua sostanziale immodificabilità

Nei punti 6.1 e 6.2 si sono ipotizzate alcune plausibili modifiche delle modalità di nomina dei giudici e dell'elezione del Presidente che, al di là di numerose altre conseguenze, potrebbero contribuire a ridurre la “politicità percepita” della Corte e/o migliorare il tasso di democraticità del sistema federale, ma che richiederebbero, in certi casi, un emendamento costituzionale.

E qui si apre l'ultimo, ma molto importante, problema istituzionale cui si vuole accennare. La Costituzione degli Stati Uniti, come ogni Costituzione federale, richiede, per la propria modifica, non solo una decisione degli organi federali, ma anche l'accordo della maggioranza (qualificata: tre quarti) degli Stati e, per ottenere questo, ha scelto due possibili

⁹⁴ Particolarmente vistosa la distorsione nel 2016, perché la candidata democratica aveva ottenuto quasi tre milioni di voti popolari in più dell'eletto.

⁹⁵ Si tratta dei tre giudici nominati da Trump: Gorsuch, Kavanaugh e Barrett. Sbaglia invece E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, a contare, tra i Presidenti minoritari che hanno nominato giudici della Corte suprema, George Bush jr.: questi, infatti, era stato eletto con meno voti popolari di Gore, nel 2000, ma ha poi nominato i due giudici della Corte Roberts ed Alito durante il suo secondo mandato, dopo, cioè, essere stato rieletto nel 2004, con maggioranza sia di voti popolari che di grandi elettori. L'articolo è disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-abortiono-clima>.

strade: la pronuncia dei rispettivi Parlamenti o di apposite Convenzioni elette *ad hoc* in ognuno di essi⁹⁶. Col progressivo aumento degli Stati federati, tale processo è divenuto difficilissimo da realizzare, tant'è vero che, dei 27 emendamenti finora approvati, ben undici risalgono ancora al XVIII sec. e, successivamente, gli emendamenti sono stati approvati solo in occasione di pagine epocali della storia nazionale (come la guerra civile o le battaglie per i diritti civili degli afro-americani, negli anni Sessanta del secolo scorso), oppure su questioni più o meno “tecniche”, su cui si fosse ormai realizzato un consenso diffuso. Un emendamento su iniziativa del Congresso e demandato ai Parlamenti statali – tutti bicamerali, salvo in Nebraska – richiederebbe il voto favorevole di almeno 77-78 assemblee. Se demandato alle Convenzioni, “basterebbero” 40 assemblee, ma tale sistema è macchinoso, visto che comporta l'elezione *ex novo* di cinquanta organismi, solo per il voto sull'emendamento⁹⁷, mentre i Parlamenti statali sono normalmente in funzione e possono riunirsi per votare, senza aggravii organizzativi e di spesa.

Si tratta, probabilmente, della Costituzione più rigida del mondo e questo ha un fortissimo impatto sull'equilibrio tra i Poteri legislativo e giudiziario. Bisogna infatti considerare che la Costituzione è entrata in vigore nel 1789 e i primi dieci emendamenti, che si considerano generalmente il suo *Bill of rights*, nel 1791. Pertanto, i diritti ed i principi in essa contemplati sono esclusivamente quei diritti di libertà personale (di prima generazione) che facevano parte della tradizione anglosassone. Anche i sempre più rari emendamenti successivi non hanno introdotto diritti di altro genere, anche se hanno certamente perfezionato la dimensione non discriminatoria. Pertanto, sotto molti aspetti, è mancato un adeguamento del testo costituzionale alle mutate condizioni e convinzioni sociali. L'adeguamento operato a livello di legislazione federale o statale ha certamente supplito in parte a questo *deficit*, ma si è trovato spesso a confliggere con la difficile copertura costituzionale dei nuovi diritti o delle nuove esigenze nella distribuzione dei poteri, quando la Corte suprema si è arroccata in una prospettiva testualista⁹⁸.

⁹⁶ Nelle parole dell'art. 5, Cost. USA, «Il Congresso, ogniqualvolta i due terzi delle Camere lo riterranno necessario, proporrà emendamenti alla presente Costituzione, oppure, su richiesta dei due terzi delle Legislature dei vari Stati, convocherà una Convenzione per proporre gli emendamenti. In entrambi i casi, gli emendamenti saranno validi a ogni effetto, come parte di questa Costituzione, allorché saranno stati ratificati dalle Legislature di tre quarti degli Stati, o dai tre quarti delle Convenzioni riunite a tale scopo in ciascuno degli Stati, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia stato prescritto dal Congresso ...».

⁹⁷ Ed infatti è stato utilizzato solo nel 1933, per il XXI emendamento, abrogativo del XVIII (1919), che aveva istituito il proibizionismo. Se poi l'iniziativa dell'emendamento non è del Congresso, ma degli Stati, ai numeri indicati sopra bisogna aggiungere altre 67/68 assemblee che votino solo che per l'iniziativa, anche se il voto delle due Camere del Congresso verrebbe sostituito da quello di una sola apposita Convenzione nazionale.

⁹⁸ Basti pensare al già richiamato conflitto tra la Corte suprema e il Congresso in occasione dell'adozione della legislazione necessaria ad attuare il *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt. O alla resistenza opposta dalla Corte stessa alle prime legislazioni sociali, all'inizio del XX sec., quando «il principio costituzionale del *due process of law* viene interpretato fondamentalmente a difesa della *freedom of contract* e della *private property*, che divengono zone intoccabili da parte del legislatore», con sentenze come *Lochner v. New York* del 1905 o *Coppage v. Kansas* del 1915. Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 130.

Ciò che si vuole sottolineare, quindi, è che in un sistema costituzionale così bloccato da rendere pressoché impossibile l'adeguamento della carta fondamentale all'evoluzione e alle nuove domande emergenti dalla società, tale adeguamento può, sia pure *ob torto collo*, essere garantito solo da un'adeguata evoluzione dell'interpretazione costituzionale fornita dai giudici e, *in primis*, dalla Corte suprema.

Come a dire che, negli Stati Uniti, un notevole livello di creatività giurisprudenziale, che essa si informi alla linea interpretativa della *living Constitution*, a quella dell'*active liberty* o alle forme ibride ed attenuate di originalismo, appare essenziale (indipendentemente qui dalle sue conclusioni sui singoli temi, che possono naturalmente essere opinabili) alla sopravvivenza stessa del sistema costituzionale. L'incapacità delle istituzioni politiche di aggiornare la Costituzione (soprattutto, ma non solo, a causa della sua eccessiva rigidità) rovescia sulle spalle della Corte suprema la responsabilità di un adeguamento, che rischia inevitabilmente di trasformarsi in eccessiva creatività del giudice e nello slittamento della sua funzione verso prospettive surrettiziamente legislative, come nella sent. *Roe*. Ma, al tempo stesso, se questo adeguamento venisse a mancare, il sistema imploderebbe. Donde la tensione tra l'esigenza, correttamente sottolineata dalla corrente originalista, di evitare eccessi di creatività giudiziaria, e la necessità di garantire invece un adeguamento interpretativo, cui le diverse correnti originaliste devono almeno in parte adeguarsi (e diverse – come visto sopra – lo fanno), pena il rischio di trasformarsi davvero in uno strumento ideologico di mera conservazione.

È stato avanzato da un'autorevole dottrina un parallelo tra la teoria originalista americana e l'ermeneutica di Emilio Betti, «basata su di un metodo scientifico aderente all'oggettività del testo, che esige dall'interprete un'analisi storica e tecnica, ... nella convinzione che il testo ha una sua verità storica, un significato che l'interprete è tenuto a ricavare e non ad attribuire»⁹⁹. Ci si permette qui di dissentire da un simile, pur suggestivo, parallelo, per una ragione pratica molto semplice. Un conto è, infatti, la massima adesione al testo in un contesto come quello della maggior parte degli Stati europei, forniti di Costituzioni di democrazia sociale relativamente recenti – e, quando più risalenti (come la Norvegia, 1814, o il Belgio, 1831), più volte revisionate ed ammodernate – nonché oggetto di frequenti emendamenti volti, con migliore o peggiore riuscita, ad accogliere le nuove istanze sorgenti dalla società: nel nostro continente, cioè, si aderisce a testi tendenzialmente aggiornati ed in linea con le società che governano. Altro conto è la massima aderenza al testo di una Costituzione, come quella statunitense, che, nell'essenza delle sue disposizioni testuali, non è ancora uscita dall'epoca dello stato liberale monoclasse.

Da un lato, quindi, non può stupire che il ricorso al canone originalista susciti timori, per quanto quasi certamente sproporzionati, di un ritorno a una lettura tradizionalista della Costituzione (non si dimentichi però che il giudice Thomas è solo su questa linea, mentre

⁹⁹ Cfr. G. RAZZANO, *op. cit.*.

Gorsuch, Kavanaugh e Alito, pur muovendosi da un'impostazione originalista, sono molto più pragmatici, come dimostrano le espresse rassicurazioni formulate, sia dalla sentenza che dall'opinione concorrente di Kavanaugh, sull'intangibilità delle altre declinazioni del diritto all'auto-determinazione).

Ma, d'altra parte, non si può non lamentare il fatto che l'iniezione di un robusto numero di giudici originalisti nella Corte suprema abbia, anche indipendentemente dal loro operato concreto, indotto molti osservatori ad una lettura iper-politica delle sentenze della Corte. Soprattutto, in relazione alla sentenza *Dobbs*, non si può non lamentare il fatto che il ricorso a schemi originalisti abbia finito per mettere in ombra, nella stessa struttura essenziale della sentenza, quello che se ne è definito sopra il principale punto di forza, cioè la sottrazione dell'aborto dai diritti di auto-determinazione, in conseguenza della necessità di tener conto degli interessi (sarebbe, però, stato meglio diritti...) del nascituro, argomentazione che, a parere di chi scrive, risulta pienamente soddisfacente ed in grado di sostenersi, senza bisogno di essere supportata da riferimenti originalisti o coinvolta nelle diatribe dottrinali conseguenti al «bipolarismo interpretativo»¹⁰⁰ che si sta pericolosamente sovrapponendo a quello politico. Ed è davvero un peccato, perché, in un clima politico già arroventato, questa innecessaria sovrapposizione di piani di lettura non aiuta certo a svelenire l'atmosfera, né a condurre una riflessione e un dibattito sul tema dell'aborto che non siano inchiodati a mere enunciazioni ideologiche (da ambo le parti), ma basati su un confronto sereno a proposito degli aspetti, sia teorici che concreti, che caratterizzano questo delicatissimo problema.

¹⁰⁰ Cfr. R. BALDUZZI, *op. cit.*, p. 107.

Inerzia del legislatore
e *triage* secondo il

Bundesverfassungsgericht: una falsa
vittoria?*

[BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16 Dezember
2021 - 1 BvR 1541/20]

Irene Domenici**

SOMMARIO: 1. La questione di “chi decide”: il *triage* tra etica medica e diritto. – 1.1. Le raccomandazioni dell’Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d’emergenza (DIVI). – 1.2. Il dibattito nella dottrina giuridica. – 2. Il *triage* secondo il *Bundesverfassungsgericht*. – 3. Una soluzione deludente: tra “grandi assenti” e perdurante apertura alla discriminazione. – 4. «Senza indugio»? Quando la reazione del legislatore si fa aspettare.

ABSTRACT

Il contributo analizza la decisione del 16 dicembre 2021 con la quale il Bundesverfassungsgericht ha affermato il dovere del legislatore di prendere misure in materia di allocazione delle risorse di terapia intensiva durante la pandemia da COVID-19. La pronuncia presenta alcuni punti deboli alla luce del dibattito sul *triage* nella dottrina giuridica tedesca. In particolare, si nota come l’ambiguità del criterio della prospettiva del successo clinico e la mancanza di indicazioni precise per l’azione del legislatore impattino negativamente sulla rilevanza pratica della decisione, trasformandola in una falsa vittoria per i pazienti con disabilità o comorbidità. Le soluzioni presentate dal Ministero della Salute per una regolamentazione legislativa del *triage* sono brevemente discusse in conclusione.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoranda presso il Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Monaco di Baviera, domenici@mpisoc.mpg.de.

The paper analyses the decision of 16 December 2021 in which the Bundesverfassungsgericht declared the legislature's duty to take measures regarding the allocation of intensive care resources during the COVID-19 pandemic. Some shortcomings of the decision are noted in light of the debate on triage in German legal scholarship. In particular, it is observed that the ambiguity regarding the criterion of clinical prospect of success and the lack of precise indications for the action of the legislature negatively influence the practical relevance of the decision, turning it into a false victory for patients with disabilities or comorbidities. The solutions presented by the Ministry of Health for a legislative regulation of triage are briefly discussed in the conclusions.

1. La questione di “chi decide”: il triage tra etica medica e diritto

1.1. Le raccomandazioni dell'Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d'emergenza (DIVI)

Allo scoppiare della pandemia da COVID-19 la Germania era uno dei paesi europei con il più alto numero di posti letto in terapia intensiva. La situazione di partenza del sistema sanitario tedesco era, a tal proposito, nettamente migliore di quella italiana¹. Inoltre, alcune misure adottate a uno stadio relativamente precoce della diffusione del virus hanno permesso, in meno di un anno, di aumentare i posti di terapia intensiva con ventilatori da circa 22.000 a circa 28.000 unità². Durante la pandemia, le capacità di trattamento in terapia intensiva sono state costantemente monitorate grazie al registro delle terapie intensive della Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d'emergenza (*Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*, di seguito, per comodità espositiva, DIVI)³, strumento creato nell'aprile 2020 con l'ordinanza del Ministro Federale per la Salute sul mantenimento e sulla garanzia delle capacità di terapia intensiva negli ospedali⁴.

Nonostante questi sforzi, sostenuti dal governo e dal legislatore allo scopo di prevenire la necessità di effettuare selezioni tra i pazienti da ammettere in terapia intensiva, in alcuni

¹ Per un confronto sul triage durante le prime fasi della pandemia in Italia e in Germania, si rimanda a I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, in *European Journal of Health Law*, 2022, vol. 29, n. 1, pp. 112-120.

² Cfr. J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, C. H. Beck, 2021, p. 144; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 117.

³ Consultabile al link <https://www.intensivregister.de/#/index> (ultima consultazione: 9.7.2022), il registro monitora quotidianamente il numero di posti liberi in terapia intensiva in tutta la Germania.

⁴ *Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten*, Bundesanzeiger Amtlicher Teil, 09.04.2020 V4.

Länder si sono avuti vari casi di *triage*⁵. Se inizialmente si trattava di casi isolati, la rapida diffusione del virus ha gradualmente aumentato la pressione sulle terapie intensive tedesche e portato a un progressivo aumento delle situazioni di *triage*⁶. Già nel marzo 2020, al fine di far fronte alla situazione di incertezza sulle priorità da assegnare in caso di scarsità di risorse, la DIVI e altre sette associazioni mediche specializzate hanno emanato delle raccomandazioni etico-cliniche sull’allocazione delle risorse di terapia intensiva nel contesto della pandemia da COVID-19⁷. Pur non essendo giuridicamente vincolanti, queste raccomandazioni sono state, di fatto, lo strumento più autorevole e influente nell’indirizzare il comportamento dei medici di terapia intensiva in mancanza di altre indicazioni legislative o governative⁸.

Le raccomandazioni, aggiornate nell’aprile 2020⁹ e basate sui «principi etici più giustificabili in una situazione di scelte tragiche»¹⁰, distinguevano due situazioni: quella in cui decidere a quale paziente assegnare un trattamento di terapia intensiva (cosiddetto “*triage ex-ante*”) e quella in cui decidere a quali pazienti revocare un trattamento già iniziato per poterlo assegnare a nuovi pazienti sopraggiunti (cosiddetto “*triage ex-post*”). Per entrambi gli scenari, le linee guida prevedevano che, in caso di risorse insufficienti, la prioritizzazione dei pazienti dovesse basarsi sul criterio della prospettiva di successo clinico¹¹. Inoltre, si raccomandava che queste decisioni venissero prese nel rispetto del “principio dei multipli occhi”, ossia coinvolgendo almeno due medici, un membro del personale infermieristico

⁵ Sul punto I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 118.

⁶ Così A. FREUND, *Corona: Notärzte warnen vor Triage in Deutschland*, in *DW*, 22.11.2021, al link <https://p.dw.com/p/43LFj> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁷ DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*, 25.3.2020, disponibile al link <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3435/covid-19-ethik-empfehlung> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁸ In tal senso A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2022, vol. 31, n. 7, p. 244; T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 218.

⁹ Scopo dell’aggiornamento era, innanzitutto, quello di precisare che le comorbidità preesistenti avrebbero rilevato nella valutazione della probabilità di successo clinico solo laddove avessero influenzato la probabilità di sopravvivenza rispetto alla malattia attuale, come risulta da . DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Version 2*, 17.4.2020, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3436/covid-19-ethik-empfehlung-v2> (ultima consultazione: 9.7.2022). Per una traduzione in inglese della versione aggiornata si veda G. MARCKMANN, G. NEITZKE, J. SCHILDMANN, A. MICHALSEN, J. DUTZMANN, C. HARTOG, S. JÖBGES, K. KNOCHEL, G. MICHEL, M. PIN, R. RIESSEN, A. ROGGE, J. TAUPITZ, U. JANSSENS, *Decisions on the allocation of intensive care resources in the context of the COVID-19 pandemic: Clinical and ethical recommendations of DIVI, DGINA, DGAI, DGIIN, DGNI, DGP, DGP and AEM*, in *Medizinische Klinik Intensivmedizin und Notfallmedizin*, 2020, Suppl. 3, pp. S115 ss.

¹⁰ G. MARCKMANN ET AL., *Decisions on the allocation of intensive care resources in the context of the COVID-19 pandemic*, cit., p. S116. Qui e nel resto del contributo, le traduzioni di citazioni testuali dall’inglese o dal tedesco sono sempre dell’autrice.

¹¹ *Ibid.*

e, se necessario, un esperto di etica clinica¹². La valutazione della prospettiva di successo clinico individuale avrebbe dovuto tenere conto della gravità della malattia attuale, nonché delle comorbidità e dello stato di salute generale preesistenti. In particolare, si raccomandava di valutare lo stato di salute generale sulla base di una “scala di fragilità clinica”¹³.

In risposta alle proteste provenienti da associazioni di rappresentanza di gruppi con età avanzata, disabilità o comorbidità, le raccomandazioni sono state aggiornate con la precisazione che le comorbidità e lo stato di salute generale avrebbero rilevato solo in quanto capaci di influenzare la probabilità di sopravvivere alla malattia attuale¹⁴. Tuttavia, nonostante tale precisazione, le linee guida sono rimaste oggetto di aspre critiche. Alcuni Autori, ad esempio, hanno fatto correttamente notare come la mera dichiarazione secondo cui lo stato di salute preesistente debba essere usato solo in relazione al successo clinico rispetto alla malattia attuale non sia sufficiente, di per sé, a scongiurare discriminazioni indirette sulla base dell'età o della disabilità¹⁵.

È stata criticata altresì la circostanza per cui le raccomandazioni abbiano considerato lecito il “*triage ex-post*”. Si ritiene, infatti, che l'interruzione di un trattamento sanitario già iniziato, a beneficio di un paziente sopravvenuto, imponga all'individuo un inesigibile sacrificio della propria persona a vantaggio di altri¹⁶.

1.2. Il dibattito nella dottrina giuridica

Le raccomandazioni della DIVI hanno sollevato perplessità nella dottrina giuridica, non solamente per il loro contenuto, ma anche – e in primo luogo – per quanto riguarda l'opportunità di lasciare una scelta così rilevante per i diritti fondamentali dell'individuo in capo ad un'associazione professionale di medici priva di legittimazione democratica e di competenza nel prendere decisioni normative¹⁷.

¹² *Ibid*, pp. S116-S117.

¹³ *Ibid*, p. S117.

¹⁴ Così W. LÜBBE, *Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht: Prämissen und Fehlschlüsse*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 285.

¹⁵ Cfr. J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit., p. 154; S. HUSTER, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 221; A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 244.

¹⁶ Si vedano, tra tutti, H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage: Verfassungsrechtliche Grundlegungen und Regelungsoptionen im Lichte des Triage-Beschlusses des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 2022, vol. 77, n. 4, p. 179; R. MERKEL, *Steine statt Brot: Zum Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13.1.2022, p. 8; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, in *JuristenZeitung*, 2022, vol. 77, n. 3, p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2022, vol. 41, n. 3, p. 136.

¹⁷ Si nota qui un elemento di parziale divergenza rispetto al dibattito italiano. Forse a causa della maggiore tragicità e urgenza della situazione nelle terapie intensive del nord Italia nelle prime fasi della pandemia, poche voci nella dottrina italiana si sono espresse a favore di un intervento legislativo in materia di *triage*. Al contrario, si è considerato legittimo l'intervento della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) tramite il documento del 6 marzo intitolato “Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”. Pur avendo il documento raccol-

La dottrina tedesca, infatti, si è mostrata particolarmente divisa, soprattutto in merito all'individuazione del soggetto legittimato a decidere quali criteri applicare nelle situazioni di *triage*. Se una parte – maggioritaria – della dottrina riteneva che il legislatore fosse costituzionalmente obbligato a regolare il *triage*¹⁸, altra parte insisteva sul fatto che, al contrario, la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG) vietasse un simile intervento normativo¹⁹.

Questa seconda posizione è stata sostenuta, in particolare, dal Consiglio di Etica tedesco (*Deutscher Ethikrat*) nella raccomandazione intitolata “Solidarietà e responsabilità durante la crisi del Coronavirus”²⁰. In quest’ultima si sottolinea come allo Stato sia costituzionalmente vietata qualsiasi valutazione relativa alle vite umane, con la conseguenza che l’azione del legislatore nello stabilire i criteri di *triage* sarebbe limitata; lo Stato, infatti, non potrebbe emanare legittimamente linee guida astratte e vincolanti per l’allocazione di risorse scarse²¹. Per tale motivo, si renderebbe necessario «combinare diversi livelli di concretizzazione normativa»²², vale a dire permettere alle associazioni mediche di fornire indicazioni concrete che esulino dalla capacità normativa del legislatore.

Se alcuni Autori hanno considerato questa conclusione «grottesca»²³, altri invece l’hanno sostenuta e corroborata con argomentazioni di diritto costituzionale²⁴. Tali argomentazioni partono dal presupposto che, poiché per il legislatore ogni vita umana deve avere lo

to numerose critiche, volte soprattutto a mettere in discussione l’opportunità del criterio dei “più anni di vita salvata” (vedasi in particolare l’opinione del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 4.4.2020, disponibile al link https://bioetica.governo.it/media/4248/p136_2020_-covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf, ultima consultazione 1.8.2022), la dottrina ha ritenuto «evidente che i criteri con cui allocare le scarse risorse di terapia intensiva in un tempo di emergenza sanitaria non possano che essere stabiliti a livello medico-scientifico», M. PICCINNI, A. APRILE, P. BENCIOINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARIN, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”*, in *Recenti Progressi in Medicina*, 2020, vol. 111, n. 4, p. 216.

¹⁸ *Inter alia*, si rimanda a B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 291 ss; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit.; J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit.; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit.; R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben: Triage und Menschenwürdegarantie*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 44 ss.

¹⁹ Cfr. S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 3 ss; R. MERKEL, S. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, in *JuristenZeitung*, 2020, vol. 75, n. 14, pp. 704 ss.

²⁰ DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis: Ad Hoc Recommendation*, accessibile al link <https://www.ethikrat.org/en/press-releases/press-releases/2020/solidarity-and-responsibility-during-the-coronavirus-crisis/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

²¹ *Ibid*, p. 4.

²² *Ibid*.

²³ T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

²⁴ R. MERKEL, S. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, cit.

stesso valore, due vite non potrebbero mai essere legittimamente soppesate l'una contro l'altra²⁵. In particolare, la *Grundgesetz* stabilirebbe un dovere fondamentale di parità di trattamento tra gli individui che impedirebbe al legislatore la formulazione di criteri di selezione per decidere a chi dare la priorità in un caso di *triage*²⁶.

La posizione contraria, secondo la quale spetterebbe proprio – ed esclusivamente – al legislatore occuparsi di regolare le decisioni di *triage*, si fonda sulla *Wesentlichkeitstheorie* (teoria dell'essenzialità) elaborata dal *Bundesverfassungsgericht*²⁷. Secondo questa teoria, basata sulla lettura combinata del principio dello stato di diritto (Art. 20.3 GG) e del principio di democrazia (Artt. 2 e 20.1 GG), tutte le decisioni relative a materie essenziali dovrebbero essere assunte da un organo legislativo democraticamente eletto²⁸. Tra queste materie rientrano, innanzitutto, le misure essenziali per la realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo. In relazione alla questione del *triage*, che tocca fundamentalmente i diritti alla vita, alla dignità e all'eguaglianza, spetta al legislatore occuparsi di stabilire, perlomeno, una legislazione quadro contenente i principi essenziali della materia, potendo semmai rimandare a fonti secondarie il compito di definire i dettagli²⁹. In ogni caso, il legislatore non potrebbe accontentarsi di demandare la regolazione di una questione così essenziale ad associazioni mediche non legittimate democraticamente³⁰; ciò anche in quanto la decisione sui criteri applicabili in situazioni di *triage* richiederebbe una valutazione normativa di natura puramente giuridica, che non può, pertanto, essere affidata alle valutazioni etiche proprie dei singoli membri delle associazioni mediche³¹.

Questa posizione è rinforzata da chi osserva che l'illegittimità del bilanciamento tra due vite non verrebbe meno a seguito di una legge sul *triage*. Alcuni Autori, infatti, hanno sostenuto che il diritto alla vita e quello alla dignità vietino soltanto ponderazioni pura-

²⁵ Così S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., pp. 12-13. Nella giurisprudenza del BVerfG, si vedano le decisioni BVerfG, 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 e BVerfG, 25.2.1975 – 1 BvF 1/74.

²⁶ In tal senso S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., p. 11.

²⁷ *Inter alia*, BVerfG, 21.4.2015 - 2 BvR 1322/12 -, par. 52 ss.

²⁸ Cfr. B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., p. 296; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 172; J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit., p. 161; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 110.

²⁹ Vedasi B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291 ss e H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 173. *Contra* S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., pp. 31-33.

³⁰ Sul punto R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben*, cit., p. 78; M. KUBICIEL, *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in E. HILGENDORF, E. HOVEN, F. ROSTALSKI (a cura di), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 222-223.

³¹ Come osservano A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020, vol. 39, n. 24, p. 1796: «la medicina è una disciplina principalmente descrittiva, che solo difficilmente può offrire risposte a domande profondamente normative ed etiche come quelle sollevate dal triage». Vd. anche B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291: «è la legge, informata dai fatti medici rilevanti, a stabilire il quadro di riferimento per l'azione ammissibile, perché lecita, e a prescrivere i principi normativi essenziali, e non un discorso etico pre-giuridico o gli atteggiamenti, le intuizioni morali o gli interessi istituzionali dei medici che agiscono».

mente utilitaristiche di una vita contro l'altra, o strumentalizzazioni a favore di terzi³². Non si escluderebbe, in tale prospettiva, che lo Stato possa decidere di salvare una delle vite applicando criteri altrimenti conformi a Costituzione³³.

La dottrina è invece, pur con varie eccezioni³⁴, relativamente omogenea nel giudicare penalmente e costituzionalmente illecita la pratica del “*triage ex-post*”. Come si è visto poc'anzi, infatti, si ritiene che costituisca una strumentalizzazione della persona a favore di terzi – e, pertanto, una pratica contraria al principio di dignità – costringere un paziente a sacrificarsi per il bene di un altro sopraggiunto³⁵.

2. Il triage secondo il Bundesverfassungsgericht

A fronte dell'incertezza giuridica e della permanente inerzia del legislatore, le raccomandazioni della DIVI si erano affermate come le direttive più influenti nella pratica delle terapie intensive tedesche³⁶. Questa situazione destava preoccupazioni tra i gruppi di pazienti con disabilità, comorbidità o età avanzata. In particolare, si temeva che il criterio della prospettiva di successo clinico assieme alla valutazione dello stato di salute generale dei pazienti tramite “scale di fragilità” potessero comportare automaticamente l'assegnazione di priorità inferiore a individui con comorbidità o disabilità.

Tali preoccupazioni hanno portato nove ricorrenti a sollevare un ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) di fronte al giudice costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG). Il ricorso era volto a chiedere alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità dell'omissione legislativa in materia. L'impugnazione dell'inerzia legislativa viene considerata ammissibile in un ricorso costituzionale nei casi in cui si possa dedurre, dalla Legge Fondamentale, un corrispondente dovere di agire da parte del legislatore. Nel caso di specie, i ricorrenti sostenevano che il legislatore avesse violato, con la sua inattività, il divieto di discriminazione sulla base della disabilità ai sensi dell'Art. 3.3 GG, nonché dell'Art. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Il pericolo di discriminazione, secondo i ricorrenti, sarebbe derivato proprio dall'applicazione diffusa – in mancanza di precisazioni legislative – delle raccomandazioni

³² Cfr. R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben*, cit., pp. 80-81.

³³ COSÌ H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 172.

³⁴ Autorevoli, tra tutti, T. HÖRNLE, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 149-186 e T. HÖRNLE, E. HOVEN, S. HUSTER, T. WEIGEND, *Wer darf weiterleben? Warum die Ex-post-Triage erlaubt und geregelt werden muss*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28.7.2022, no. 173, p. 6.

³⁵ Si vedano i contributi citati alla nota 16.

³⁶ Come nota lo stesso *Bundesverfassungsgericht* nella decisione qui in commento, BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 8. Una traduzione ufficiale in inglese della decisione è disponibile al link https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/12/rs20211216_1bvr154120en.html (ultima consultazione: 9.7.2022).

etico-cliniche delle società mediche, per le quali comorbidità e disabilità rappresentavano automaticamente un fattore di svantaggio nell'assegnazione di risorse di terapia intensiva in situazioni di estrema scarsità³⁷.

I ricorrenti chiedevano altresì, in attesa della decisione sulla quesitone principale, un'ingiunzione temporanea volta a obbligare il governo federale a costituire provvisoriamente una commissione di esperti, con rappresentanti di persone con disabilità, incaricata di stilare una regolamentazione delle situazioni di *triage*³⁸.

La decisione sull'ingiunzione temporanea, pronunciata il 16 luglio 2020,³⁹ ha dichiarato il ricorso costituzionale non manifestamente infondato o inammissibile. Si trattava già di un'indicazione importante circa l'intenzione della Corte di affrontare seriamente i temi essenziali sottesi alla questione del triage, sollevati nel procedimento principale⁴⁰. Il BVerfG, tuttavia, non ha accordato l'ingiunzione. Questa decisione, infatti, si basava su un ragionamento che si potrebbe definire di "ponderazione delle conseguenze di un provvedimento errato". In altre parole, la Corte ha ponderato gli svantaggi derivanti dalla concessione di un'ingiunzione temporanea a fronte di un ricorso poi considerato infondato, con quelli che si sarebbero verificati qualora l'ingiunzione non venisse concessa ma il ricorso venisse successivamente accolto. I giudici costituzionali hanno ritenuto che, nel primo caso, si sarebbe verificata un'ingiustificata interferenza con la separazione dei poteri dello Stato, accompagnata da costi organizzativi e finanziari; nel secondo scenario, invece, che vi sarebbero state conseguenze di minore entità e gravità. Questa previsione si basava principalmente sulla considerazione secondo cui la mancata concessione di un'ingiunzione temporanea non avrebbe causato danni irreversibili per i ricorrenti, in quanto l'«incidenza dell'infezione al momento della decisione e le capacità di trattamento medico intensivo in Germania non rendono probabile che si verifichi una situazione di triage»⁴¹.

L'apprezzamento delle condizioni delle terapie intensive in Germania da parte dei giudici costituzionali è stato giudicato, correttamente, come troppo ottimista: infatti, la diffusione del virus e il suo impatto sulle terapie intensive erano, in quel periodo, in costante aumento e, oltretutto, difficili da prevedere⁴².

Nel giudizio sulla questione principale, reso il 16 dicembre 2021, la Corte stessa ha avuto modo di ammettere, implicitamente, di aver sottovalutato la situazione. Nell'affermare l'ammissibilità del ricorso, il BVerfG, infatti, ha riconosciuto che i ricorrenti avessero dimostrato che «al momento della presentazione del ricorso, esistevano già rischi reali e

³⁷ BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 22.

³⁸ BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, par. 10.

³⁹ BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, parr. 1-12.

⁴⁰ Cfr. A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1797.

⁴¹ BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, par. 9.

⁴² Come evidenziato, ad esempio, da A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1797.

non solo teorici che potessero verificarsi carenze di risorse per la terapia intensiva e che ciò potesse portare a svantaggi sulla base della disabilità nell'assegnazione di tali risorse⁴³. In questo scenario, caratterizzato dalla mancanza di un intervento del legislatore, le raccomandazioni etico-cliniche delle associazioni mediche lasciavano aperta la possibilità che si verificassero situazioni discriminatorie.

Il BVerfG ha dichiarato poi la questione fondata. Tale conclusione si basa su un ragionamento articolato in tre fasi⁴⁴.

La Corte ha inizialmente rilevato l'esistenza di una dimensione oggettiva dell'Art. 3.3, secondo periodo, GG, per il quale nessuno può essere discriminato a causa della propria disabilità. L'esistenza di una dimensione oggettiva implica che tale disposizione produca effetti in tutte le aree del diritto. Pertanto, si applica anche nei confronti di soggetti terzi privati, quali potrebbero essere, nel sistema sanitario tedesco, i medici che operano nei reparti di terapia intensiva⁴⁵.

Successivamente, il BVerfG ha enucleato dalla predetta norma costituzionale un dovere in capo al legislatore di proteggere gli individui con disabilità da possibili discriminazioni o svantaggi⁴⁶.

Infine, la Corte ha dichiarato che questo dovere di protezione si risolve in un concreto dovere di agire laddove sorgano dei pericoli nei confronti di interessi costituzionali fondamentali, come la protezione del diritto alla vita⁴⁷. Si è tuttavia specificato che il concreto dovere di agire è da considerarsi violato soltanto nei casi in cui le misure di protezione: a) non siano state affatto prese; b) siano palesemente inadeguate; c) siano insufficienti a raggiungere la soglia di protezione necessaria⁴⁸. Nel caso di specie, i giudici hanno confermato il rischio che i criteri di allocazione delle risorse in terapia intensiva applicati nella pratica potessero andare a particolare svantaggio dei pazienti con disabilità⁴⁹. Le raccomandazioni della DIVI, infatti, non avrebbero offerto una protezione sufficiente contro possibili situazioni discriminatorie. Oltre a non essere giuridicamente vincolanti, esse rischiavano di condurre all'assegnazione di una priorità inferiore a persone con una situazione di preesistente fragilità legata alla disabilità. Le scale di misurazione della fragi-

⁴³ BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 77.

⁴⁴ Per questa ricostruzione si veda anche A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., pp. 242 ss.

⁴⁵ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 95. Vd. A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1794 e T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

⁴⁶ Per «disabilità», secondo l'Art. 3.3 frase 2 GG, si intende «una menomazione a lungo termine che influisce sulla capacità dell'individuo di condurre una vita indipendente» (BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 90). Pertanto, si possono includere in questa definizione pazienti che soffrono di comorbidità particolarmente gravi.

⁴⁷ A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 242; T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

⁴⁸ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 98.

⁴⁹ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 110.

lità, come proposte dalla DIVI, attribuiscono automaticamente una possibilità di successo clinico inferiore a persone disabili o dipendenti dall'assistenza altrui⁵⁰. In particolare, si temeva che una percezione stereotipata o generalizzata della disabilità, derivata anche dall'insufficiente sensibilizzazione del personale sanitario, potesse influire negativamente sull'assegnazione di prospettive di successo clinico al singolo paziente⁵¹. In tal senso, le raccomandazioni venivano accusate di essere una «porta d'ingresso per la discriminazione delle persone con disabilità»⁵².

In questo contesto, l'omissione legislativa generava un rischio concreto di violazione dei diritti fondamentali. Pertanto, il dovere di proteggere si traduceva in un mandato concreto di attuare misure efficaci volte a garantire la protezione giuridica contro possibili discriminazioni nell'allocazione delle risorse sanitarie divenute scarse. Il dovere concreto di agire derivava altresì dal fatto che i pazienti con disabilità si trovavano in una situazione di particolare vulnerabilità, in quanto non avevano modo di tutelarsi da soli da una decisione del personale medico sull'allocazione delle risorse di terapia intensiva, necessitando in tal senso dell'intervento dello Stato⁵³.

Una volta stabilita l'esistenza di un dovere concreto di agire da parte del legislatore, il BVerfG si è occupato di delinearne i confini. In particolare, la Corte ha sottolineato che il legislatore gode di un ampio margine di discrezionalità nelle modalità di adempimento degli obblighi di protezione dei diritti fondamentali⁵⁴.

Spetta quindi al legislatore valutare la situazione e decidere come soddisfare in concreto il dovere derivante dall'Art. 3.3, secondo periodo, GG. Nondimeno, la decisione ha fornito alcune indicazioni sui criteri e sulle modalità di adempimento del dovere di agire. Innanzitutto, la Corte ha ammesso che il riferimento al criterio della prospettiva di successo clinico non sia di per sé incostituzionale⁵⁵; il suddetto parametro dovrebbe, tuttavia, essere valutato esclusivamente in relazione alla probabilità di sopravvivenza a breve termine alla malattia attualmente in corso⁵⁶. Inoltre, i giudici hanno ricordato al legislatore che le misure dovrebbero tenere in considerazione la limitatezza delle capacità umane e materiali

⁵⁰ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

⁵¹ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 113. Vd. J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage – effektive Abwehr aus Karlsruhe? Zugleich Besprechung von zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 183; A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 243; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 177; M. HONG, *Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht*, in *Verfassungsblog*, 30.12.2021, <https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁵² BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

⁵³ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 109. Vd. H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 173.

⁵⁴ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 99.

⁵⁵ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

⁵⁶ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

del sistema sanitario, già sotto pressione a causa della pandemia in corso; dovrebbe altresì essere rispettata la responsabilità ultima del personale medico per tutte quelle valutazioni che richiedono competenza ed esperienza clinica.

Dati tali parametri, il legislatore – secondo la Corte – dispone di diverse alternative⁵⁷. In primo luogo, esso potrà decidere di stabilire criteri sostanziali da adottare nelle decisioni allocative. Altrimenti potrà optare per dei criteri procedurali: tra questi, il BVerfG ha menzionato il “principio dei multipli occhi” o l’obbligo di documentazione del processo decisionale. I giudici hanno anche segnalato la possibilità di adottare misure per la formazione del personale medico e infermieristico, volte a scongiurare l’applicazione generalizzata di idee stereotipate sulla disabilità nelle situazioni di *triage*.

A seguito di queste indicazioni, il dispositivo della decisione ha ordinato al legislatore di adottare «senza indugio»⁵⁸ misure necessarie a scongiurare qualsiasi discriminazione sulla base della disabilità nell’allocazione delle risorse di terapia intensiva durante la pandemia.

3. Una soluzione deludente: tra “grandi assenti” e perdurante apertura alla discriminazione

Confrontando la decisione emanata dal BVerfG con la discussione dottrinale che l’ha preceduta, si possono immediatamente notare due “grandi assenti”. Da una parte, appare discutibile che la pronuncia non faccia alcuna menzione della *Wesentlichkeitstheorie*, pilastro su cui si basava la maggior parte della dottrina per propugnare l’obbligo di intervento da parte del legislatore⁵⁹. Dall’altra, appare ancor più incomprensibile il fatto che la Corte non prenda in considerazione la differenza tra “*triage ex-ante*” e “*triage ex-post*”. Come evidenziato da diversi commenti critici alla decisione, la mancata presa di posizione sulla questione del “*triage ex-post*” incide negativamente sulla capacità del legislatore di attuare misure efficaci⁶⁰. Si osserva, infatti, che la situazione in cui si rende necessario un “*triage ex-post*” è quella più rilevante per la pratica medica, in quanto solo in un numero limitato di casi i pazienti si presentano tutti contemporaneamente all’ammissione in terapia intensi-

⁵⁷ Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 126 ss.

⁵⁸ BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 130.

⁵⁹ Critici su questo punto in particolare J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 182; S. HUSTER, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2022, vol. 75, n. 6, p. 363; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 135.

⁶⁰ Così T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 366; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136.

va⁶¹. Molto più probabile risulta, invece, il caso di un paziente che si presenti in ospedale quando i posti sono tutti occupati.

Ma non si esauriscono qui gli aspetti problematici della pronuncia. Particolarmente delicata è la questione del criterio della prospettiva di successo clinico. Quest'ultimo viene dichiarato ammissibile e «costituzionalmente inoppugnabile»⁶² da parte della Corte; tuttavia, la predetta valutazione non tiene in considerazione che il criterio in sé tende sempre a essere svantaggioso per le persone con disabilità o comorbidità⁶³. Anche limitando l'operatività della prospettiva di successo clinico alla possibilità di sopravvivenza alla malattia in corso – come richiesto dal BVerfG – e non considerando, quindi, la prospettiva o qualità di vita a lungo termine, appare evidente che le comorbidità o disabilità preesistenti incidono sulla probabilità di sopravvivenza attuale al COVID-19. Una separazione netta tra la prospettiva della malattia in corso e lo stato di salute generale del paziente è, pertanto, difficilmente realizzabile dal punto di vista clinico⁶⁴; e sembra ingenuo, da parte della Corte, ritenere il contrario. In altre parole, permettendo ai medici di continuare ad applicare un criterio basato sul successo clinico, è inevitabile che le persone con disabilità continueranno ad essere indirettamente discriminate⁶⁵. In tal senso, la “porta” della discriminazione, dischiusa dalle raccomandazioni della DIVI, viene lasciata aperta dalla decisione del BVerfG.

Da questo punto di vista, l'accoglimento del ricorso costituzionale rappresenta una «falsa vittoria»⁶⁶ per le persone con disabilità o comorbidità, le quali, nella perdurante rilevanza della prospettiva di successo clinico, verranno discriminate nell'assegnazione di risorse di terapia intensiva, in quanto le loro possibilità di sopravvivenza alla malattia in corso continueranno a essere lievemente inferiori a quelle di altri pazienti⁶⁷. Peraltro, nessuna valutazione viene offerta dal BVerfG su altri criteri ritenuti alternativamente leciti dalla dottrina, tra cui, ad esempio, quello dell'urgenza, della causalità o dell'ordine di arrivo⁶⁸.

⁶¹ In tal senso E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136.

⁶² Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 116 e 118. Vd. S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 183; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154.

⁶³ Così D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 135.

⁶⁴ Sul punto T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 219; R. LEHNER, *Problem erkannt, Problem gebannt? Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Verfassungsblog*, 30.12.2021, <https://verfassungsblog.de/problem-erkannt-problem-gebannt/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁶⁵ Vedasi R. LEHNER, *Problem erkannt, Problem gebannt? Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154.

⁶⁶ T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 363. Nelle parole di R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit., i ricorrenti hanno ricevuto «pietre al posto del pane».

⁶⁷ In tal senso T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., pp. 363-364.

⁶⁸ Si veda al riguardo D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136. Sull'ammissibilità di questi tre criteri vd. H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., pp. 177-178 e B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291 ss.

Le suddette considerazioni hanno spinto parte della dottrina a esprimere il proprio disappunto e la propria delusione per la tanto attesa decisione del BVerfG⁶⁹. Non solo la possibilità di discriminazione rimane aperta, ma l'ampio margine di discrezionalità lasciato al legislatore mette in pericolo l'operatività stessa del dovere di agire in protezione delle persone con disabilità⁷⁰. La Corte, infatti, non è dell'opinione che il legislatore debba necessariamente prevedere dei criteri sostanziali per il *triage*⁷¹; al contrario, dichiara essere sufficiente l'intervento sulla formazione del personale sanitario per evitare discriminazioni basate su visioni stereotipate della disabilità.

Vi è, in generale, l'impressione che il BVerfG non si sia dimostrato all'altezza della elevata discussione dogmatica condotta dalla dottrina tedesca⁷².

Nondimeno, la decisione è sicuramente lodevole nella misura in cui chiarisce che la questione del *triage* sia di natura puramente giuridica e che la sua risoluzione non possa essere lasciata alle intuizioni etiche delle associazioni mediche⁷³: a tal proposito, il BVerfG contraddice, fondamentalemente, l'opinione del Consiglio di Etica tedesco⁷⁴. Inoltre, si potrebbero senz'altro rinvenire alcune giustificazioni alla mancanza di indicazioni più concrete o di estese riflessioni teoriche nella decisione, tra cui, ad esempio, la pressione temporale sulla Corte⁷⁵ o la volontà di quest'ultima di limitarsi all'esame delle motivazioni sollevate dai ricorrenti.

4. «Senza indugio»? Quando la reazione del legislatore si fa aspettare

Come sopra menzionato, l'ordine del BVerfG rivolto al legislatore era prendere misure adeguate «senza indugio». In questo senso, parte della dottrina aveva auspicato una rea-

⁶⁹ Si rimanda a S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., pp. 221 ss; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit. Molto severo S. HUSTER, *Much Ado about Nothing: Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung*, in *Verfassungsblog*, 29.12.2021, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/> (ultima consultazione: 9.7.2022) che la definisce «una delle cose più deprimenti che si siano dovute leggere da Karlsruhe da molto tempo a questa parte».

⁷⁰ Cfr. J. SACHS, *Grundrechte: Schutzpflicht zugunsten Behinderter*, in *Juristische Schulung*, 2022, vol. 62, n. 3, p. 284.

⁷¹ Come notano R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 363.

⁷² Vedasi E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154; S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 185.

⁷³ Così T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., pp. 217-218. *Contra* E. FALETTI, *Triage e divieto legislativo di discriminazione dei disabili: una Weltanschauung tedesca*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, n. 2, p. 495 il quale sostiene che siano «più confacenti al caso fonti informali come le linee guida o fonti di natura secondaria».

⁷⁴ Cfr. DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, cit., p. 4.

⁷⁵ In tal senso M. HONG, *Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht*, cit.

zione rapida e concentrata, soprattutto sulla definizione “negativa” dei criteri di selezione illeciti, nonché sui criteri procedurali⁷⁶. Un tentativo del legislatore di stabilire criteri di selezione positivi era, invece, considerato improbabile o addirittura futile⁷⁷.

Entrambe le previsioni sono state smentite. Da una parte, la reazione del legislatore non è stata decisamente «senza indugio». Il primo disegno di legge del Ministro della Salute è circolato tra i media – senza essere mai reso pubblico – solo all’inizio di maggio 2022⁷⁸. Come prevedibile, tale circostanza ha immediatamente destato reazioni critiche. La bozza conteneva un divieto esplicito di considerare come criteri di allocazione la disabilità, la condizione di fragilità, l’età, l’origine etnica, la religione, il genere o l’orientamento sessuale⁷⁹. L’aspetto problematico della proposta era, tuttavia, il fatto che il “*triage ex-post*” fosse esplicitamente consentito. Si prevedeva, infatti, che tre medici esperti di medicina intensiva potessero, di comune accordo, decidere di interrompere il trattamento di un paziente al fine di poterlo garantire a un paziente sopravvenuto con maggiori possibilità di sopravvivenza⁸⁰.

A seguito delle varie critiche sopravvenute, il Ministro della Salute si è distanziato dalla bozza sostenendo l’inaccettabilità, dal punto di vista etico, del “*triage ex-post*”⁸¹. Una nuova proposta è stata successivamente presentata nel giugno 2022⁸². Essa mantiene la menzione dei criteri di selezione da considerare illeciti, ma esclude la possibilità di effettuare un “*triage ex-post*”⁸³; rende esplicito, inoltre, il criterio della probabilità di sopravvivenza alla malattia attuale e prevede che la decisione debba essere presa di comune accordo da due medici esperti in terapia intensiva⁸⁴.

Il percorso verso l’approvazione della legge sul *triage* si prospetta, tuttavia, ancora lungo, soprattutto alla luce delle critiche avanzate da più parti anche nei confronti della seconda

⁷⁶ Si vedano A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 245; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 178; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 156; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.

⁷⁷ Cfr. J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.

⁷⁸ Cfr. M. AMOS, *Ex-post oder doch nicht? Streit um den Entwurf zur Triage*, in *Legal Tribune Online*, 10.5.2022, accessibile al link <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-entwurf-gesundheitsministerium-lauterbach-kritik-bmj-buschmann/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Si veda C. GEINITZ, *Lauterbach distanziert sich von eigenem Gesetzentwurf*, in *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 9.5.2022, accessibile al link <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/triage-lauterbach-distanziert-sich-von-gesetzentwurf-18017880.html> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁸² Cfr. *Neuer Gesetzentwurf: „Ex-Post“-Triage gestrichen*, in *Ärztblatt*, 13.6.2022, accessibile al link <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/135074/Neuer-Gesetzentwurf-Ex-Post-Triage-gestrichen> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁸³ *Ibid.* A testimonianza del fatto che un compromesso sul *triage* sia difficilmente raggiungibile, critiche sono arrivate anche alla decisione di escludere del tutto la liceità del “*triage ex-post*”, vedasi. M. SCHWINN, *„Patienten, die dann neu kommen, würden in vielen Fällen sterben“*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23.6.2022, accessibile al link <https://www.sueddeutsche.de/politik/triage-gesetz-1.5606963> (ultima consultazione: 9.7.2022).

⁸⁴ Cfr. *Neuer Gesetzentwurf: „Ex-Post“-Triage gestrichen*, cit.

proposta⁸⁵. Questo ritardo confermerebbe i timori espressi in relazione alla pronuncia del BVerfG. La mancanza di indicazioni più specifiche e l'ambiguità sul criterio della prospettiva di successo clinico hanno lasciato il legislatore in una posizione complessa. In tal senso, la decisione del BVerfG rischia di perdere completamente di rilevanza pratica e di affermarsi definitivamente come una “falsa vittoria” per i pazienti con disabilità e comorbidità.

⁸⁵ Vedasi T. REISS, *Erfolgsaussicht: Ein „geeignetes“ Triagekriterium?: Wie der neue Gesetzesentwurf die Frage mittelbarer Diskriminierung umgeht*, in *Verfassungsblog*, 21.07.2022, <https://verfassungsblog.de/erfolgsaussicht-triage/> (ultima consultazione: 1.8.2022) e T. HÖRNLE, E. HOVEN, S. HUSTER, T. WEIGEND, *Wer darf weiterleben?*, cit.

Respectfully, I dissent.

Prime note su *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.**

[Supreme Court of the United States, *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, no. 20-1530, 597 US_ (2022), June 30, 2022]

Giorgio Grasso**

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. I fatti che hanno dato origine alla vicenda. – 3. L'*opinion* di maggioranza della Corte. – 4. La *concurring opinion* di Gorsuch (e Alito). – 5. La *dissenting opinion* di Kagan (Breyer e Sotomayor). – 6. *Climate change*, costituzionalismo globale, democrazia: quando Karlsruhe chiama e Washington non risponde.

ABSTRACT:

L'articolo presenta qualche prima annotazione di commento su una recentissima sentenza della Corte suprema americana, assunta con la maggioranza di 6 a 3, come molte altre decisioni del *term* in corso, riguardante il cambiamento climatico e i poteri esercitati dall'*Environmental Protection Agency* (EPA), con l'adozione di un'apposita disciplina normativa, il *Clean Power Plan*, per ridurre l'emissione di anidride carbonica da parte delle centrali elettriche esistenti alimentate a carbone e a gas naturale. Attraverso un esame dell'*opinion* di maggioranza redatta dal Chief Justice Roberts, dell'*opinion* concorrente scritta dal giudice Gorsuch e dell'*opinion* dissenziente stilata dalla giudice Kagan, l'articolo evidenzia come la Corte suprema, affermando che l'EPA è andata oltre la delega prevista dalla legge federale in materia, il Clean Air Act, abbia finito per ergersi a decisore ultimo della politica climatica degli Stati Uniti, senza però assicurare l'obiettivo fondamentale (e non più rinviabile) della protezione del clima.

The article presents some initial commentary on a very recent U.S. Supreme Court opinion, taken by a 6-to-3 majority, like many other decisions of the current term, concerning climate change and the powers exercised by the Environmental Protection Agency (EPA) by adopting a special regulation, the Clean Power Plan, to reduce carbon dioxide emissions from existing coal- and natural gas-fired power plants. Through an examination of the majority opinion written by Chief Justice Roberts, the concurring opinion written by Justice Gorsuch, and the dissenting opinion penned by

Justice Kagan, the paper highlights how the Supreme Court, in affirming that the EPA went beyond the delegated authority provided by the relevant federal law, the Clean Air Act, ended up standing as the ultimate decision-maker of U.S. climate policy, while failing to secure the fundamental (and no longer to be postponed) goal of climate protection.

1. Rilievi introduttivi

Con la decisione in commento¹, assunta come numerose altre pronunce del *term* in corso con la maggioranza di sei a tre, la Corte suprema ha annullato la sentenza della Corte d'Appello del *District of Columbia Circuit* (con il rinvio dei casi per ulteriori procedimenti coerenti con l'*opinion* approvata), che aveva annullato l'abrogazione del *Clean Power Plan* (da ora anche CPP) da parte dell'*Environmental Protection Agency* (d'ora innanzi anche EPA) e insieme aveva annullato la norma sostitutiva del medesimo *Clean Power Plan*, l'*Affordable Clean Energy* (da ora anche ACE), a sua volta emanata dall'EPA.

Siamo, dunque, nel contesto della normativa statunitense in tema di cambiamento climatico – nel quale non è la prima volta che la Corte suprema interviene in modo assai rilevante, basti il rimando a *Massachusetts v. EPA* del 2007, richiamata più volte nella sentenza in esame² –, e in particolare nell'ambito delle misure, approvate nel 2015 dall'EPA con l'adozione del *Clean Power Plan*, riguardanti le emissioni di anidride carbonica dalle centrali elettriche esistenti alimentate a carbone e a gas naturale. A far da sfondo alla pronuncia, stanno tre successive amministrazioni presidenziali (Obama, Trump e Biden), che hanno indirizzato diversamente il modo di procedere dell'agenzia amministrativa in questo campo, e tre differenti decisioni giurisprudenziali che sono via via sopravvenute, una della medesima Corte suprema di sospensione nel febbraio del 2016 del CPP e due della Corte d'appello del *District of Columbia Circuit*, la prima di annullamento dell'abrogazione del *Clean Power Plan* e di rinvio all'EPA per ulteriori considerazioni e di annullamento dell'ACE e ancora di rinvio all'agenzia, la seconda di sospensione dell'annullamento dell'abrogazione del medesimo CPP.

* Contributo sottoposto al referaggio della Direzione della Rivista.

** Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi dell'Insubria, giorgio.grasso@uninsubria.it.

¹ Reperibile al sito Internet della Corte suprema: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_new_1537.pdf. Per un primo commento, a caldo, v. <https://www.scotusblog.com/2022/07/climate-change-at-the-supreme-court/>, nonché L. PERONA, *La Corte Suprema si pronuncia sulla Clean Power Plan Rule: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, anticipazione di *DPCE Online*, 2022, n. 3, 15 luglio 2022.

² E oggetto anche di attenzione da parte di studiosi italiani che hanno particolarmente indagato le tematiche ambientali: v. in particolare B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, n. 2, p. 287. Vedi inoltre G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/06 e 2006/07*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 5, p. 3807, che non a caso include la pronuncia nella rassegna periodica dedicata alla giurisprudenza della Corte suprema. Anche questa decisione venne approvata a maggioranza, cinque a quattro, ma a favore dell'ala *liberal* della Corte (Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer con lo *swing vote* di Kennedy).

Accanto all'*opinion* di maggioranza espressa dal *Chief Justice* Robert, a nome della Corte, sono poi state formulate la *concurring opinion* del giudice Gorsuch, a cui ha aderito il giudice Alito, e la *dissenting opinion* del giudice Kagan, a cui hanno aderito i giudici Breyer, che era in uscita dalla Corte suprema, in quanto dimissionario al 30 giugno 2022, data della decisione, e Sotomayor. Il titolo delle presenti osservazioni è proprio la frase finale scritta da Kagan nella sua opinione dissenziente: «La Corte nomina sé stessa – invece del Congresso o dell'agenzia esperta – il decisore della politica climatica. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent».

2. I fatti che hanno dato origine alla vicenda

Svolte queste necessarie considerazioni preliminari, pare utile intanto ricostruire sinteticamente i termini della vicenda e il suo complicato *background* sostanziale e processuale. Nell'agosto del 2015, dietro forte impulso della Presidenza Obama³, l'EPA ha emanato il CPP, utilizzando come base normativa la *Section 111(d)* del *Clean Air Act*, la legge federale approvata dal Congresso nel 1970 che regola le emissioni atmosferiche da fonti fisse e mobili, e in particolare la disposizione secondo cui l'EPA determina il limite di emissioni a cui devono conformarsi le fonti di emissione esistenti, come le centrali elettriche, attraverso «l'applicazione del miglior sistema di riduzione delle emissioni che (tenendo conto del costo di realizzazione di tale riduzione e di qualsiasi impatto sulla salute e sull'ambiente non legato alla qualità dell'aria e dei requisiti energetici) l'Amministratore [ovvero l'EPA stessa] ritenga sia stato adeguatamente dimostrato» (the best system of emission reduction, d'ora innanzi anche BSER: *Section 111(a)*).

Il BSER per gli impianti esistenti a carbone e a gas naturale, secondo il CPP, è costituito da tre diverse misure, definite dall'EPA «building blocks», due delle quali (e qui sta, essenzialmente, la ragione di merito del contendere che ha portato poi alla pronuncia della Corte suprema che si sta commentando) richiedono di realizzare ciò che è definito uno spostamento, un cambio della generazione a livello di rete («generation shifting»), e cioè un trasferimento nella produzione di elettricità, ai fini della riduzione delle emissioni di anidride carbonica, da produttori a più alta emissione a produttori a più bassa emissione e nello specifico dalle centrali elettriche a carbone esistenti alle centrali a gas naturale e dalle centrali elettriche a carbone e a gas alle energie rinnovabili, soprattutto eoliche e solari. La ragionevole quantità di spostamento a favore del gas naturale e delle fonti di energia rinnovabile, indicata dall'EPA («a “reasonable” amount of shift»), che non avrebbe dovuto determinare costi eccessivi né ridurre la fornitura complessiva di energia, prefi-

³ Si veda il sito Internet: <https://archive.epa.gov/epa/cleanpowerplan/clean-power-plan-existing-power-plants-regulatory-actions.html>.

gurava che entro il 2030 il carbone avrebbe fornito il 27% della produzione nazionale di energia elettrica, contro il 38% del 2014. Tuttavia, a sua volta, il Governo prevedeva che «the rule would impose billions in compliance costs, raise retail electricity prices, require the retirement of dozens of coal plants, and eliminate tens of thousands of jobs».

Il 9 febbraio 2016, con una maggioranza di 5 a 4, la Corte suprema ha sospeso il CPP, impedendo che esso potesse entrare in vigore. Si è trattata di una decisione approvata, per la prima volta nella storia del massimo organo giurisdizionale statunitense, «before an initial review by a federal appeals court» e dopo che la Corte d'appello del *District of Columbia Circuit* aveva respinto, nel gennaio 2016, la richiesta di sospensione del medesimo CPP, presentata da 27 stati dell'Unione e da decine di parti, adottando nel contempo un calendario per la presentazione delle memorie delle parti⁴.

Diventato poi Presidente Donald Trump, il CPP, pur mai entrato in vigore, è stato abrogato. L'EPA, infatti, ha ritenuto che il CPP avesse ecceduto «the Agency's statutory authority under Section 111» e in base alla c.d. dottrina delle grandi questioni («the major question doctrine»), che come vedremo tra poco rappresenta l'elemento decisivo su cui si è fondata l'*opinion* di maggioranza della Corte suprema e anche la *concurring opinion* di Gorsuch, ha affermato che è necessaria una dichiarazione chiara perché un tribunale possa concludere che il Congresso intendeva delegare a un'agenzia amministrativa, l'EPA stessa, il compito di regolamentare un settore fondamentale dell'economia americana. L'EPA non ha trovato tale dichiarazione nel testo della legge e ha sostituito il CPP, approvando, sempre sulla base della *Section 111(d)*, l'ACE, che non contiene più al suo interno meccanismi di *generation shifting*, ma «si accontenta» di stabilire una combinazione di aggiornamenti delle apparecchiature e di pratiche operative capaci di migliorare i tassi di calore degli impianti.

Diversi Stati e parti private hanno presentato ricorso dinanzi alla Corte di Appello del *District of Columbia Circuit*, contro l'abrogazione del CPP e l'emanazione del nuovo ACE, e la Corte d'Appello nel gennaio del 2021 ha annullato sia l'abrogazione del CPP, sia l'ACE *rule*⁵, con rinvio all'EPA «for further consideration».

Con l'elezione di Biden alla Casa Bianca, è stata infine l'EPA stessa a chiedere alla Corte d'appello di sospendere parzialmente «the issuance of its mandate as it pertained to the CPP», preferendo che il CPP non tornasse immediatamente in vigore, in quanto l'agenzia stava valutando se predisporre una diversa regolamentazione. La Corte d'appello ha accolto questa richiesta, sospendendo l'annullamento dell'abrogazione del CPP e le parti private e gli Stati che difendevano l'abrogazione hanno quindi presentato istanza di *certiorari* alla Corte Suprema, dando origine alla pronuncia, oggetto del presente commento, a cui si rivolge ora finalmente la nostra attenzione.

⁴ Si veda il sito Internet: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/environmental-energy/practice/2016/021716-energy-supreme-court-stays-epas-clean-power-plan/>

⁵ Vedi *American Lung Association et al. v. EPA*, reperibile al sito Internet: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/19-1140/19-1140-2021-01-19.html>.

3. L'*opinion* (di maggioranza) della Corte

Il *Chief Justice* Roberts, esprimendo l'*opinion* (di maggioranza) della Corte suprema, pone immediatamente la domanda cruciale che accompagna in realtà tutto lo svolgersi della sentenza, comprese l'*opinion* concorrente di Gorsuch e l'*opinion* dissenziente di Kagan, e cioè se la più ampia concezione dell'autorità dell'EPA, manifestata con l'adozione nel 2015 del CPP, rientri nei poteri concessi all'agenzia amministrativa dal *Clean Air Act*.

Dopo aver ripercorso le caratteristiche della disciplina contenuta in questa fonte legislativa, strutturata su tre principali «regulatory programs» per il controllo dell'inquinamento atmosferico da fonti fisse come le centrali elettriche, e dopo aver dato conto del complessivo «regulatory role» dell'EPA e dei suoi poteri, l'*opinion* si sofferma sulla sua *Section* 111(d), che assegna all'agenzia e non agli Stati membri, che pure sono competenti a stabilire le norme effettive che regolano le centrali elettriche esistenti, di decidere la quantità di riduzione dell'inquinamento che deve essere raggiunta. L'*opinion* evidenzia che l'EPA, dal momento in cui esiste il *Clean Air Act* e cioè dal 1970, ha utilizzato solo raramente la *Section* 111(d), considerata ancillare («the ancillary nature of Section 111(d)»), con un cambio di rotta avvenuto però nel 2015. In quell'anno, infatti, l'EPA ha emanato due diverse discipline normative, una per i nuovi impianti ai sensi della *Section* 111(b), l'altra per gli impianti esistenti ai sensi della *Section* 111(d). Entrambe le discipline, afferma l'*opinion*, erano basate sulla constatazione da parte dell'Agenzia che «il biossido di carbonio è un “inquinante atmosferico” che “si può ragionevolmente prevedere possa mettere in pericolo la salute o il benessere pubblico” causando il cambiamento climatico». Si noti che si tratta del primo passaggio in cui Roberts parla di *climate change* e che nell'*opinion* di maggioranza l'espressione ritorna ancora tre volte, mentre non è mai utilizzata da Gorsuch nella *concurring opinion* ed è impiegata cinque volte da Kagan nella *dissenting opinion*.

L'*opinion* esamina poi l'approccio del CPP nella definizione del BSER per le centrali elettriche a carbone esistenti, basato in particolare sul già ricordato passaggio della produzione di energia elettrica a favore di centrali a gas naturale e dalle centrali a carbone e a gas a fonti a basso o nullo contenuto di carbonio, principalmente eoliche e solari, così da garantire la produzione di energia pulita, con una consistente riduzione di emissioni in grado, nelle parole dell'EPA, «to address climate change».

Fatta la storia del CPP (ripresa in particolare anche nel paragrafo 2 di questo commento) e respinta una contestazione da parte del Governo sulla legittimazione ad agire dei ricorrenti, che avrebbe reso il caso non giustiziabile, l'*opinion* affronta il merito, tutto incentrato, si diceva, sulla verifica dell'ampiezza dei poteri effettivamente assegnati all'EPA da parte del Congresso, anche con il costante richiamo di significativi precedenti. «Extraordinary grants of regulatory authority – afferma l'*opinion*, proprio con un rimando a una decisione passata – are rarely accomplished through “modest words”, “vague terms”, or “subtle device[s]”, aggiungendo, questa volta con una citazione di dottrina statunitense, «Agencies have only those powers given to them by Congress, and “enabling legislation” is generally not an “open book to which the agency [may] add pages and change the plot line”». In mancanza

di una chiara autorizzazione del Congresso, quindi, la Corte suprema non può che essere riluttante a leggere in un testo normativo ambiguo di una legge federale la delega che si sostiene vi si annidi.

È la dottrina delle grandi questioni a supportare il ragionamento della Corte suprema, rispetto alla pretesa dell'EPA «to discover in a long-extant statute an unheralded power» representing a «transformative expansion in [its] regulatory authority», che ha permesso all'agenzia di adottare una regolamentazione che il Congresso aveva rifiutato in modo evidente e ripetuto di approvare, elaborando un limite basato su un sistema che avrebbe ridotto l'inquinamento semplicemente spostando l'attività inquinante da fonti più sporche a fonti più pulite. L'EPA, secondo l'*opinion*, ha fatto propria un'inedita valutazione politica («policy judgment»), «that it would be “best” if coal made up a much smaller share of national electricity generation» e che potrebbe, in futuro, spingersi ancora oltre, sino a costringere gli impianti a carbone a spostare integralmente la loro produzione, cessando altrimenti la produzione di energia elettrica.

Di fronte all'entità di quello che viene definito un potere senza precedenti sull'industria americana, che pure il Governo cercherebbe di minimizzare, l'opinione di maggioranza è netta: «There is little reason to think Congress assigned such decisions to the Agency» ed è, conseguentemente, altamente improbabile che il Congresso lasci alla discrezione dell'EPA la decisione sulla quantità di generazione a carbone nei prossimi decenni. Quel Congresso che, come appena ricordato, molto tempo dopo che i pericoli posti dalle emissioni di gas serra erano diventati ben noti, aveva preso in considerazione e sempre respinto tutte le proposte di modifica del *Clean Air Act*, che fossero andate nella direzione presa dal CPP, compresa la misura molto simile di una tassa sul carbone. L'affermazione dell'EPA, per la quale la *Section 111(d)* del *Clean Air Act* conferirebbe all'agenzia il potere di elaborare tetti alle emissioni di carbonio, basato sul passaggio generazionale, lascia piuttosto scettica la Corte suprema, e per superare questo scetticismo «the Government must – under the major questions doctrine – point to “clear congressional authorization” to regulate in that manner». Ma il Governo, secondo la Corte, non è riuscito a dimostrare che nel *Clean Air Act* vi sia questa evidente autorizzazione, richiesta da tutti i precedenti giurisprudenziali in questo ambito, ma soltanto un «vague statutory grant», e di fronte alla questione interpretativa se il BSER, identificato dall'EPA nel CPP, «was within the authority granted to the Agency in Section 111(d) of the Clean Air Act», la risposta è seccamente negativa e il dispositivo porta ad annullare la sentenza della Corte d'Appello del *District of Columbia Circuit* e a stabilire che «the cases are remanded for further proceedings consistent with this opinion». Solo nell'ultimo passaggio dell'*opinion* vi è una piccola apertura alle gravissime conseguenze che l'inquinamento da anidride carbonica provoca sull'ambiente e sul cambiamento climatico, pure non citati espressamente: «Capping carbon dioxide emissions at a level that will force a nationwide transition away from the use of coal to generate electricity may be a sensible “solution to the crisis of the day”», una soluzione ragionevole, sensata, a quella che però non è, purtroppo, una crisi del momento, come sostiene la Corte suprema, quanto una crisi che sta diventando un tutt'uno con la storia e il futuro dell'umanità intera. Tuttavia, «it is not plausible that Congress gave EPA the authority to adopt on its

own such a regulatory scheme in Section 111(d). A decision of such magnitude and consequence rests with Congress itself, or an agency acting pursuant to a clear delegation from that representative body». L'*opinion* della Corte, cioè, finisce per utilizzare l'elemento democratico, la necessaria decisione del Congresso, l'organo della rappresentanza politica-parlamentare, per contrastare quel più efficace tentativo di affrontare le sfide del cambiamento climatico, che il CPP comportava (ma sul punto vedi anche il paragrafo conclusivo di questo commento).

4. La *concurring opinion* di Gorsuch (e Alito)

La *concurring opinion* di Gorsuch, a cui ha aderito Alito, corrobora l'opinione di maggioranza proprio rispetto alla definizione della dottrina delle grandi questioni evocata dalla Corte suprema. Citando una pronuncia del 1825, scritta dal *Chief Justice* Marshall, l'*opinion* evidenzia che, in base a tale dottrina, «important subjects ... must be entirely regulated by the legislature itself,” even if Congress may leave the Executive “to act under such general provisions to fill up the details”». La teoria così protegge la separazione dei poteri della Costituzione, affidando il potere legislativo federale al Congresso, capace di incarnare un ampio consenso sociale e di tenere conto del contributo delle minoranze, e negandolo, in principio, al potere esecutivo, la cui legislazione rischierebbe di diventare nient'altro che la volontà del Presidente in carica o, peggio ancora, la volontà di funzionari non eletti che rispondono a malapena a lui. In un mondo del genere, in cui il Congresso cedesse il proprio potere legislativo al ramo esecutivo, «agencies could churn out news laws more or less at whim», sostiene ancora Gorsuch, che cita una prima applicazione di tale regola già in un caso del 1897, concernente la *Interstate Commerce Commission* (ICC), antesignana delle *Independent Regulatory Commissions* statunitensi⁶, e ricorda poi un uso sistematico di tale dottrina in numerose pronunce adottate dalla Corte suprema a partire dal 1970, «with the explosive growth of the administrative state»⁷.

Ma quali sono le *major questions* che le agenzie amministrative possono affrontare soltanto se il Congresso le ha chiaramente autorizzate, senza sfruttare a loro vantaggio, per ampliare il loro potere, «some gap, ambiguity, or doubtful expression in Congress's sta-

⁶ L'ICC sosteneva che il Congresso aveva conferito all'agenzia il potere di fissare i prezzi dei trasporti ferroviari e la Corte rispose che «Congress has transferred such a power to any administrative body is not to be presumed or implied from any doubtful and uncertain language. The words and phrases efficacious to make such a delegation of power are well understood, and have been frequently used, and if Congress had intended to grant such a power to the [agency], it cannot be doubted that it would have used language *open to no misconception*, but *clear and direct*» (corsivo aggiunto da Gorsuch).

⁷ Come si legge nella sentenza in commento, la Corte ha applicato la dottrina delle grandi questioni «in “all corners of the administrative state”, whether the issue at hand involved an agency's asserted power to regulate tobacco products, bandrugs used in physician-assisted suicide, extend Clean Air Act regulations to private homes, impose an eviction moratorium, or enforce a vaccine mandate».

tutes to assume responsibilities far beyond” those the people’s representatives actually conferred on them»? L’*opinion* di Gorsuch, portando a sostegno diverse sentenze della Corte suprema, sottolinea intanto che la dottrina si applica quando un’agenzia si arroga il potere di risolvere «a matter of great “political significance”» o di porre fine a un dibattito serio e profondo in tutto il paese; poi quando l’agenzia cerca di regolamentare una parte significativa dell’economia americana «or require “billions of dollars in spending” by private persons or entities»; ancora quando l’agenzia finisce per intromettersi in un’area che è di competenza specifica del diritto statale, interferendo sul canone del federalismo («un-surprisingly, the major questions doctrine and the federalism canon often travel together», si legge in un passo dell’*opinion*).

Tutti questi fattori, secondo Gorsuch, sono presenti nel caso originato dall’emanazione del CPP da parte dell’EPA, che, rivendicando il potere di costringere le centrali elettriche a carbone e a gas di cessare del tutto la loro attività, tocca certamente «a question everyone can agree is vitally important» e che il Congresso a lungo ha dibattuto, rifiutando «conspicuously and repeatedly» di adottare una legislazione simile al CPP; una questione anche cruciale per l’economia statunitense⁸, visto che il settore dell’energia elettrica «is among the largest in the U.S. economy, with links to every other sector», per le pesanti ricadute sull’occupazione, con l’eliminazione di migliaia di posti di lavoro, e sui costi dell’elettricità per i consumatori; una questione, infine, che ha indubbiamente un impatto sul federalismo, «as “the regulation of utilities is one of the most important of the functions traditionally associated with the police power of the States”».

Elencate le diverse ragioni, che renderebbero relativamente facile («relatively easy») applicare al caso del CPP la dottrina delle *major questions*, la *concurring opinion* – in modo un po’ più robusto di quanto aveva fatto l’*opinion* di maggioranza – schiude la porta alla disciplina sostanziale del CPP: «None of this is to say the policy the agency seeks to pursue is unwise or should not be pursued», cioè il contenuto prescrittivo del CPP potrebbe anche essere non irragionevole o forse addirittura da perseguire. Tuttavia, «the agency seeks to resolve for itself the sort of question normally reserved for Congress. As a result, we look for clear evidence that the people’s representatives in Congress have actually afforded the agency the power it claims». E, qualche pagina appresso, l’*opinion* ribadisce che «the Court does not purport to pass on the wisdom of the agency’s course. It acknowledges only that agency officials have sought to resolve a major policy question without clear legislative authorization to do so».

⁸ Come vedremo nel paragrafo che segue anche la *dissenting opinion*, affermando che l’azione contestata dell’agenzia riguarda una delle più grandi sfide del nostro tempo, il cambiamento climatico, evidenzia che il caso tocca una questione di profondo significato economico e politico; ma per l’opinione concorrente questa diventa la ragione per considerare il caso alla luce della dottrina delle *major questions*, mentre per l’opinione dissenziente è il motivo che avrebbe dovuto spingere la Corte suprema a “difendere” la bontà dell’approccio seguito dall’EPA, adottando il CPP.

C'è una metafora molto suggestiva, coniata da Antonin Scalia, redigendo a nome della Corte suprema una pronuncia del 2001 (*Whitman v. American Trucking Associations*), riguardante anch'essa i poteri dell'EPA, che ora è ripresa nell'*opinion* scritta da Gorsuch: il Congresso, diceva Scalia, non nasconde elefanti in tane di topi, e neppure le agenzie, sostiene adesso Gorsuch, possono «seek to hide “elephants in mouseholes” (...), or rely on “gap filler” provisions».

Se questo è il criterio orientativo, l'EPA nell'esercitare il suo potere si è basata, secondo l'*opinion* redatta da Gorsuch, su una previsione di legge, la *Section 111(d)*, raramente utilizzata, che è stata approvata con uno scarso dibattito ed è stata caratterizzata come «as an “obscure, never-used section of the law»». Inoltre, manca un consolidamento nel tempo di un'interpretazione estensiva di questa disposizione, che possa influenzare la decisione dei tribunali, e si configura, invece, «a “mismatch” between the EPA’s expertise over environmental matters and the agency’s claim that “Congress implicitly tasked it, and it alone, with balancing the many vital considerations of national policy implicated in deciding how Americans will get their energy”», che determina un notevole scetticismo rispetto alla possibilità dell'EPA di essere effettivamente autorizzata a impegnarsi nell'approccio del trasferimento generazionale dalle centrali elettriche a carbone e a gas agli impianti basati su energie pulite.

«Congress seems slow to solve problems» – conclude Gorsuch –, «it may be only natural that those in the Executive Branch might seek to take matters into their own hands. But the Constitution does not authorize agencies to use pen-and-phone regulations as substitutes for laws passed by the people’s representatives». E con questa stoccata finale al Presidente Obama⁹, l'*opinion* concorrente concorda con l'*opinion* di maggioranza della Corte.

5. La *dissenting opinion* di Kagan (Breyer e Sotomayor)

È nella lunga *dissenting opinion* di Kagan, cui hanno aderito Breyer e Sotomayor, che emerge, finalmente, quello che potremmo definire il profilo strettamente ambientalistico, seppure solo di minoranza, della Corte suprema.

L'esordio dell'*opinion* è davvero *tranchant*: «Today, the Court strips the Environmental Protection Agency (EPA) of the power Congress gave it to respond to “the most pressing environmental challenge of our time”», con un rinvio a quanto affermato in *Massachusetts v. EPA*.

⁹ Per l'attribuzione di questa frase al Presidente Obama, vedi B.C.S. WATSON, *The Pen, the Phone – and the Constitution*, in <https://lawliberty.org/the-pen-the-phone-and-the-constitution/>.

Richiamando l'ultimo *report* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)¹⁰ e altri documenti nazionali, l'*opinion* dà conto delle cause del cambiamento climatico e delle gravissime conseguenze e dei pericoli che esso comporta, per poi affermare che il Congresso ha incaricato l'EPA, attraverso la *Section* 111, di affrontare questi danni potenzialmente catastrofici, anche attraverso la regolamentazione delle centrali elettriche a combustibili fossili.

«EPA thus serves as the Nation's "primary regulator of greenhouse gas emissions"», dice l'*opinion*, e tra le entità più importanti che l'agenzia regola vi sono le centrali elettriche alimentate a combustibili fossili (principalmente carbone e gas naturale), responsabili di circa un quarto delle emissioni di gas serra degli Stati Uniti. La riduzione della produzione di queste emissioni «is a necessary part of any effective approach for addressing climate change».

In questa cornice, l'*opinion* racconta le ragioni che hanno spinto l'EPA ad emanare il CPP e tutto il percorso politico e processuale che ha portato alla sentenza in commento, evidenziando in particolare l'opposizione della Corte suprema agli sforzi compiuti dall'EPA, anche con la sospensione del CPP, avvenuta con un'azione senza precedenti; come già ricordato, infatti, non era mai accaduto che «the Court stayed a regulation then under review in the lower courts». Anche la circostanza che la Corte, con la decisione in commento, non negando il *certiorari*, abbia deciso di pronunciarsi comunque sulla legalità di una disciplina normativa, ormai obsoleta, che la stessa amministrazione Biden stava pensando di modificare, è contestata dall'*opinion* dissenziente, sostenendo che la Corte «today issues what is really an advisory opinion on the proper scope of the new rule EPA is considering». Entrando nel merito l'*opinion* interpreta la *Section* 111(d) del *Clean Air Act* agli antipodi di quanto affermato dalla maggioranza della Corte: tale disposizione, infatti, inserita all'interno di un testo legislativo che, come sostenuto dal Congresso, ha l'obiettivo di accelerare, espandere e intensificare la guerra contro l'inquinamento atmosferico in tutte le sue forme, non è «an ancillary provision» e neppure «a statutory "backwater"», quanto una disposizione finalizzata a garantire che il *Clean Air Act* raggiunga un controllo globale dell'inquinamento atmosferico. Il termine sistema, su cui si costruisce l'espressione BSER, non è vago, poco chiaro, ambiguo, nebuloso, come pensa la maggioranza della Corte, di fronte a quello che viene definito lo spauracchio della regolamentazione ambientale («the bogeyman of environmental regulation»), ma di ampio respiro, completo, esteso e capace di conseguenza di includere il trasferimento, lo spostamento di generazione da fonti maggiormente inquinanti a fonti più pulite, disciplinato nel CPP. Se per l'*opinion* di maggioranza il CPP si è spinto troppo oltre, rispetto a quanto indicato dal Congresso nella *Section* 111, secondo il *dissent* la maggioranza ha proprio ignorato il testo di questa legge, che in

¹⁰ Si noti che i *reports* di questo organismo sono massicciamente impiegati (anche) nella sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, di cui si parlerà nell'ultimo paragrafo di questo lavoro.

realtà avrebbe concesso all'EPA una certa discrezionalità («agency discretion»), mediante l'uso di un linguaggio espansivo in grado di autorizzare l'azione dell'agenzia e di vincolare l'autorità giudiziaria. Il Congresso sapeva, citando ancora *Massachusetts v. EPA*, che, «without regulatory flexibility, changing circumstances and scientific developments would soon render the Clean Air Act obsolete».

La dottrina delle *major questions*, già più volte citata e utilizzata nell'opinione di maggioranza e in quella concorrente, per affermare che il CPP era stato emanato in mancanza di una chiara delega da parte del Congresso, sembra addirittura essere contestata nella sua esistenza: «The Court has never even used the term “major questions doctrine” before», rileva Kagan. E ancora un altro passaggio recita: la maggioranza della Corte annuncia l'arrivo della dottrina delle grandi questioni, «which replaces normal text-in-context statutory interpretation with some tougher-to-satisfy set of rules». É quindi soprattutto un problema interpretativo, su come le parole di una legge federale devono essere lette nel loro contesto e in vista della loro collocazione nello schema generale della legge medesima, a dividere l'*opinion* della Corte e la *dissenting opinion*, pur partendo dallo stesso precedente giurisprudenziale, la sentenza *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corporation* del 2000, ben presente anche alla dottrina italiana più avvertita che ha studiato il tema della *judicial deference*, dal caso *Chevron* in poi¹¹. In quella pronuncia, la Corte suprema chiamata a decidere se la *Food Drug Administration* (FDA) avesse o meno il potere di regolamentare anche i prodotti del tabacco e non solo i medicinali e i dispositivi medici, disse che «In extraordinary cases there may be reason to hesitate before concluding that Congress has intended such an implicit delegation». Ma, appunto, a differenza di altri casi ricordati nell'*opinion*, in cui la Corte suprema aveva sollevato un sopracciglio («raised an eyebrow») su una qualche anomalia nell'esercizio del potere di una particolare agenzia, rispetto al contenuto della legge di delega del Congresso, per Kagan, Breyer e Sotomayor, «The Court today faces no such singular assertion of agency power» e «nothing in the Clean Air Act (or, for that matter, any other statute) conflicts with EPA's reading of Section 111». La maggioranza della Corte, aggiunge, infine la *dissenting opinion* non dimostra in alcun modo che il CPP sia in contrasto con il disegno del Congresso o lo metta in pericolo, come pure è sbagliato affermare che l'EPA stia operando al di fuori della sua sfera di competenza. Il *dissent* controbatte ulteriormente l'*opinion* di maggioranza, fornendo altre interessanti ragioni e potenziali elementi di discussione, di cui non è possibile, però, dare conto nell'economia di queste prime osservazioni di commento. Tuttavia, alcuni spunti finali meritano comunque di essere menzionati. Scrive in primo luogo Kagan: «search high and low, nothing in current law conflicts with, or otherwise casts doubt on, the Clean Power Plan», eppure la Corte, ben diversamente da quanto deciso da un'altra Corte («But that Court was

¹¹ Si veda G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, n. 2, pp. 517 ss. e 519.

not this Court»), nella citata pronuncia *Massachusetts v. EPA*, riconoscendo, anzi ordinando¹², all'EPA il potere di regolamentare il biossido di carbonio, finisce per privare questa volta l'agenzia dell'autorità che il Congresso le ha dato nella *Section 111(d)*, per rispondere allo stesso pericolo ambientale. Ancora, nella penna della giudice liberal, a proposito del *textualism*, si legge: «Some years ago, I remarked that “[w]e’re all textualists now (...) It seems I was wrong. The current Court is textualist only when being so suits it. When that method would frustrate broader goals, special canons like the “major questions doctrine” magically appear as getout-of-text-free cards». Ciò è accaduto proprio con la decisione che si commenta, nella quale l'opinione di maggioranza e quella concorrente hanno impedito all'EPA di svolgere un lavoro importante, benché fosse quello che il Congresso aveva ordinato. Cercando di spiegare poi i motivi che spingono il Congresso a delegare tutta una serie di poteri, anche su questioni politiche importanti, Kagan sottolinea giustamente che i membri del Congresso spesso non sanno abbastanza e fanno di non sapere abbastanza, «to regulate sensibly on an issue». Di conseguenza è normale che si affidino a persone con maggiore competenza ed esperienza, specie dal punto di vista tecnico e scientifico, e queste si trovano nelle agenzie amministrative, come nel caso dell'EPA. «Congress knows that systems of emission reduction lie not in its own but in EPA’s “unique expertise”, tanto più di fronte all'evoluzione tecnologica per cui il BSER di oggi non è quello di ieri e sarà sicuramente diverso da quello di domani. Infine, il ruolo giocato dalla Corte suprema, di fronte alle deleghe di poteri alle agenzie amministrative, che hanno saputo recepire regola per regola le linee politiche del Congresso. Kagan è netta: «This Court has historically known enough not to get in the way» e citando, come Gorsuch, ma con un'altra finalità, alcune frasi di Scalia, evidenzia l'inevitabilità delle deleghe da parte del Congresso e i limiti che dovrebbe incontrare il controllo giurisdizionale. «Congress knows what mix of legislative and administrative action conduces to good policy. Courts should be modest». Tutto il contrario di come la Corte ha deciso, secondo il *dissent*, nel caso oggetto di questo commento, nonostante la *Section 111(d)*, sulla base della più naturale interpretazione della norma, autorizzi l'EPA a sviluppare il CPP, considerando il cambio di generazione come il BESR per le centrali elettriche che producono anidride carbonica. Così facendo, «the Court substitutes its own ideas about policymaking for Congress's. The Court will not allow the Clean Air Act to work as Congress instructed. The Court, rather than Congress, will decide how much regulation is too much».

L'epilogo del *dissent*, già in parte citato al principio di queste note, è quasi drammatico: la circostanza che l'oggetto della regolamentazione dell'EPA sia il tentativo di ridurre le emis-

¹² Come evidenziato da G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/06 e 2006/07*, cit., p. 3807, la sentenza «ordina ad una delle più importanti agenzie federali un *facere* specifico nell'ambito del *rule making*, di fatto ingiungendole di adottare una *regulation* adeguata», e svolge «un ruolo di supplenza anche nello scenario globale, nel quale l'Amministrazione Bush ha mantenuto sin qui [eravamo nel 2007] un atteggiamento cauto ed astensionistico, di fatto negando la rilevanza del rapporto tra inquinamento e fattori climatici».

sioni da anidride carbonica, principali responsabili del cambiamento climatico e dei suoi gravissimi effetti, rende l'intervento della Corte suprema ancora più preoccupante, scrive Kagan. «Whatever else this Court may know about, it does not have a clue about how to address climate change. And let's say the obvious: The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants' carbon dioxide emissions. The Court appoints itself – instead of Congress or the expert agency – the decision-maker on climate policy. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent».

6. *Climate change*, costituzionalismo globale, democrazia: quando Karlsruhe chiama e Washington non risponde

Giunto alle conclusioni di queste prime note di commento su *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, restano da abbozzare due brevi linee di riflessione, rivolte in particolare al contesto politico-istituzionale in cui la decisione è maturata, ma anche alla dimensione globale dei problemi posti dal cambiamento climatico e al contributo che le Corti costituzionali (compresa una “Corte costituzionale davvero speciale”, come la *Supreme Court* statunitense) possono offrire per rispondere adeguatamente alle terribili sfide climatiche del nostro tempo.

Rispetto al primo profilo, non è facile cogliere quanto la pronuncia sconti la «polarizzazione tutta a favore del fronte conservatore», che oggi caratterizza la Corte suprema, e con essa la rarefazione del pluralismo al suo interno, «con sei giudici su nove di nomina repubblicana»¹³, omologando quindi ciò che la Corte pensa sul *climate change* a ciò che la Corte pensa sulle armi e sull'aborto, con l'evidente rimando a *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen* e a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, adottate, con la stessa maggioranza di sei a tre, pochi giorni prima di *West Virginia*¹⁴. O quanto, piuttosto,

¹³ Vedi L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti nei Terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, n. 5, pp. 2419 e 2461.

¹⁴ In base a questo approccio, tutte queste pronunce sarebbero, in particolare, tenute insieme dall'argomento originalista, considerato tuttavia nient'altro «che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili»: così ora C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>, pur senza citare *West Virginia*, quanto le altre due decisioni ricordate nel testo. Ma l'originalismo è in realtà «una dottrina complessa, che include una pluralità di versioni» e, pur finendo per essere assimilato secondo molti studiosi «ad un corollario dell'approccio *conservative*» (così R. BALDUZZI, *Politica e magistratura. Lezioni ad uso degli studenti del corso di diritto pubblico comparato, a.a. 2020/2021*, Milano, Educatt, 2021, pp. 106 e 107), anche dopo la Presidenza Trump non si può ritenere equivalente al conservatorismo (così L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>, che evidenzia come tale teoria «possa abbracciare anche tesi in linea con il pensiero progressista» e liberal). La varietà delle letture originaliste

sto, la decisione debba collocarsi nel solco del più recente approccio degli Stati Uniti alle questioni ambientali, di un Paese che, dopo essersi configurato come una fonte di ispirazione per lo stesso diritto ambientale internazionale, ha iniziato trent'anni fa quella che si è definita «una parabola calante»¹⁵, che ha avuto certamente tra gli aspetti emblematici più critici la mancata ratifica del Protocollo di Kyoto. Con il paradosso che, se in assenza di un'adeguata *regulation* capace di prendere in considerazione il fenomeno del cambiamento climatico, è stata la *litigation* a sopperire positivamente (e di nuovo il contributo statunitense alla diffusione e alla circolazione del modello di *climate change litigation* è risultato decisivo¹⁶), con *West Virginia* è stato il contenzioso giurisdizionale, portato dinanzi alla Corte suprema, a fare da freno alla *regulation* del *Clean Power Plan*, mentre tre lustri fa *Massachussets* aveva dato semmai un'accelerazione.

Rispetto al secondo profilo, è quasi scontato volgere lo sguardo al Tribunale costituzionale federale tedesco, che il 24 marzo del 2021 ha emanato una decisione assai conosciuta¹⁷, con cui ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz*), varata dal Parlamento tedesco nel 2019.

Senza poter ovviamente tentare una vera e propria comparazione tra il significato complessivo di due pronunce così poderose, anche nel numero di pagine di ciascuna, attraverso un raffronto che richiederebbe da solo la stesura di un *paper* specifico sul tema, è sul rapporto tra Corti, processo democratico e cambiamento climatico che merita compiere un'ultima considerazione. Gorsuch, nella sua *concurring opinion*, in modo ancora più marcato che nell'*opinion* di maggioranza scritta da Roberts, ha in fondo voluto ribadire la «centralità del processo democratico nella legittimazione di qualunque attività che concretizzi l'esercizio di un potere pubblico», con «lo scopo di restituire al Congresso la pienezza del potere legislativo»¹⁸, e così cercando di circoscrivere in realtà quell'uso della penna e del telefono, per riprendere un brano già rammentato, che rafforzerebbe la Presidenza federale e di conseguenza le agenzie amministrative o indipendenti, come era avvenuto con Obama, che aveva una maggioranza del Congresso a lui ostile¹⁹. Kagan, invece, pur

e testualiste rende così incerto individuare in tali prospettive il comune denominatore tra i casi più recenti, decisi dalla Corte suprema, con la maggioranza di sei a tre.

¹⁵ Così B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, cit., p. 282, a cui si rinvia anche per una sintetica, ma efficace, ricostruzione dell'evoluzione della disciplina legislativa in tema di ambiente e di protezione del clima, attraverso le diverse Presidenze che si sono succedute dagli anni Sessanta del Novecento a oggi (vedi 279 ss.).

¹⁶ Vedi ancora B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, cit., 285 ss.

¹⁷ E che ha fornito il terreno per numerosi commenti; ci si limita qui a ricordare, per tutti, J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in questa *Rivista*, 2022, n. 1, pp. 47 ss. La pronuncia è disponibile, anche nella versione in francese, inglese e spagnolo, al sito Internet del *Bundesverfassungsgericht*: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324_1bvr265618fr.html.

¹⁸ Così proprio in riferimento alla posizione assunta da Gorsuch, già all'inizio del suo mandato, G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, cit., p. 518.

¹⁹ Ancora G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, cit., p. 517.

ritenendo cruciale il ruolo del Congresso, il solo che conosce quale combinazione di azione legislativa e amministrativa conduce a una buona politica – ma che, a questo punto, proprio alla luce del prevalere dell’opinione di maggioranza dovrebbe “battere un colpo” e fornire, nella pienezza dei suoi poteri, un’interpretazione autentica della *Section 111(d)* del *Clean Air Act*, conforme a quanto deciso dall’EPA emanando il CPP – ha evidenziato tutta l’importanza di autorizzare, di delegare l’esercizio del potere di regolamentazione alle agenzie, contestando la pretesa dei giudici e soprattutto della Corte suprema a cui lei stessa appartiene di essere i decisori ultimi della politica climatica del Paese. Il Tribunale costituzionale federale tedesco, al paragrafo 206, infine, dopo aver affermato che l’art. 20a del *Grundgesetz*, la norma costituzionale ambientale tedesca, «impone un limite al potere politico di adottare o astenersi dall’adottare misure di protezione ambientale», sottolinea che «il processo politico democratico è organizzato sulla base di tempi più brevi, ovvero i cicli elettorali». Per questa ragione quel processo politico democratico potrebbe non rispondere adeguatamente agli interessi ambientali a lungo termine e le generazioni future, che saranno particolarmente colpite dalle decisioni assunte dal Parlamento, non hanno ovviamente modi di esprimere la loro voce nel processo di formazione della volontà politica. E, allora, se questa è stata la premessa dei giudici di Karlsruhe, si può ben aggiungere, in epilogo di questo commento, che nella dichiarazione di incostituzionalità parziale della legge sulla protezione del clima, rispetto a un legislatore che certamente ha cercato di «allineare le emissioni di gas serra della Germania agli obblighi assunti con l’Accordo di Parigi»²⁰, ma non abbastanza²¹, anche il *Bundesverfassungsgericht* è stato il decisore ultimo della politica climatica dello Stato tedesco.

A differenza di Washington (nella metonimia riferita evidentemente alle città dove siedono le due diverse Corti), solo Karlsruhe, però, ha percepito che la protezione del clima e la realizzazione della neutralità climatica, se non hanno ancora il primato assoluto²² su tutti gli altri interessi oggetto di disciplina dei legislatori, dei governi o delle Corti nazionali, rappresentano proprio quelle *major questions*, rispetto a cui la posta in gioco è altissima, ma tra le quali la Corte suprema è sembrata invece perdersi completamente.

²⁰ Vedi J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell’ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, cit., p. 50.

²¹ Il legislatore, infatti, aveva fissato «degli obiettivi per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030. Per il periodo dopo il 2030, era demandato al governo federale il compito di fissare livelli di emissioni annualmente decrescenti attraverso opportuni provvedimenti. Il legislatore lasciava aperta la questione sul modo in cui la Germania doveva raggiungere la transizione alla neutralità climatica entro il 2050», e rispetto a questa indeterminatezza delle misure da adottare e degli obiettivi di riduzione da conseguire è stato costruito il ricorso dinanzi al Tribunale costituzionale federale: vedi J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell’ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, cit., p. 50, della quale è la citazione.

²² Ma, come si legge al principio 2a della pronuncia tedesca, «l’importanza relativa dell’obbligo di proteggere il clima continuerà ad aumentare più progredirà il cambiamento climatico».

Gli *standard* (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*

Renato Balduzzi

SOMMARIO: 1. La discussione sui profili procedurali e di rapporti tra le fonti. – 2. La discussione sul modello di assistenza territoriale. – 2.1. Problemi tecnico-finanziari. – 2.2. Problemi culturali. – 2.3. Problemi politici.

La circostanza che, a fronte della mancata intesa in sede di Conferenza Stato-regioni sullo schema di decreto del Ministro della salute concernente il regolamento recante “Modelli e *standard* per lo sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale nel Servizio sanitario nazionale”, il Consiglio dei ministri abbia, forse con qualche frettolosità¹, valutato di superarla

* Il presente contributo (che costituisce un primo prodotto della ricerca in corso di sviluppo nell'ambito del PRIN 2020 “Il diritto costituzionale della salute e dell'organizzazione sanitaria dopo l'emergenza della pandemia” coordinato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore) è stato licenziato qualche giorno prima della pubblicazione in Gazzetta ufficiale – con assegnazione della relativa numerazione, che consente (finalmente) di fare a meno di quella gergale di “d.m. 71” – del decreto ministeriale 23 maggio 2022, n. 77, con il quale è stato emanato il “Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale” (GU, serie generale, n. 144 del 22 giugno 2022). A parte alcune variazioni attinenti alla struttura dell'atto normativo e dei suoi allegati, i contenuti sono sostanzialmente rimasti quelli dello schema sul quale aveva reso il proprio parere il Consiglio di Stato e al quale si è fatto riferimento nel contributo.

¹ Mi riferisco soprattutto alla circostanza che, nelle premesse della delibera, si rileva sia che lo schema di decreto è stato inserito il 16 marzo 2022 all'o.d.g. della Conferenza Stato-regioni, sia che durante la medesima seduta il Ministro dell'economia e delle finanze ha chiesto il rinvio; nonostante ciò, il Consiglio dei ministri ha individuato il 16 marzo quale *dies a quo* ai fini del decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, ancorché la richiesta di rinvio da parte statale, quando accolta, possa essere interpretata come implicita volontà di spostare il momento del decorso del termine (sul punto, con riferimento alle ipotesi in cui il rinvio sia chiesto dalle regioni, v. G. CARPANI, *La Conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 90, nt. 10). Un altro profilo di perplessità per quanto attiene alla procedura è, come si vedrà, quello concernente il mancato coinvolgimento della Commissione prevista dall'art. 1, comma 556 l. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. Commissione Lea II). Per quanto concerne l'inserimento, oltre che degli *standard*, dei modelli (o del modello), si tratta di una questione che attiene, come sarà chiarito nel testo, a profili formali di rapporti tra le fonti, diversi da quelli meramente procedurali.

attraverso una delibera sostitutiva², ha aperto, in questi mesi, una discussione che, inizialmente incentrata sui profili procedurali e di rapporti tra le fonti, si sta progressivamente estendendo agli altri profili istituzionali e a quelli finanziari.

1. La discussione sui profili procedurali e di rapporti tra le fonti

Nonostante, soprattutto nelle prime settimane che hanno seguito l'adozione della delibera sostitutiva, non siano mancate voci che hanno sottolineato una presunta illegittimità della medesima in quanto il Consiglio dei ministri non avrebbe potuto autorizzare l'adozione del decreto *de quo* in assenza dell'intesa³, la questione, almeno per quanto attiene ai suoi profili generali, non sembra seriamente controvertibile.

Il nostro ordinamento conosce da tempo l'istituto dell'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni e l'*iter* procedurale volto a consentire a un provvedimento cui venga negata l'intesa di potere ugualmente diventare efficace⁴, attraverso una deliberazione motivata del Consiglio dei ministri adottabile una volta che sia decorso il termine di trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza Stato-regioni in cui l'oggetto è posto all'ordine del giorno⁵. Si aggiunga che le disposizioni sul perfezionamento e la mancata intesa, di cui al d.lgs. 28 agosto 1977, n. 281, "si applicano a tutti i procedimenti in cui la legislazione vigente prevede un'intesa nella Conferenza Stato-regioni"⁶. Ora, la base legislativa degli *standard* sanitari territoriali è, pacificamente⁷, l'art. 1, comma 169, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, il quale dispone che "con regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 sono fissati gli *standard* qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza": il testo originario del comma, che prevedeva il semplice parere della Conferenza Stato-regioni, è stato, com'è ampiamente noto, dichiarato incostituzionale con sent. n. 134 del 2006 (red. De Siervo), nella parte in cui prevedeva l'adozione del regolamento "sentita" la Conferenza Stato-regioni, anziché "previa intesa" con la medesima.

Da notare che, poiché il comma 169 precisa che "con la medesima procedura sono individuati le tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente

² Delibera del Consiglio dei ministri 21 aprile 2022, in *G.U.*, serie gen., 3 maggio 2022, n. 102.

³ V., ad es., E. JORIO, *Il Dm 71 e i dubbi di legittimità costituzionale sulla scelta del Governo di "procedere" in assenza di Intesa*, in *Il Sole 24 ore – Sanità*, 4 maggio 2022.

⁴ Per tutti, v. G. CARPANI, *La Conferenza Stato-regioni*, cit., pp. 90 ss.

⁵ Secondo il già menzionato art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 281/1997.

⁶ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 281/1977.

⁷ Ad essa si è sovrapposto, come si dirà meglio oltre nel testo, l'art. 1, comma 274, della l. 30 dicembre 2021, n. 234.

Piano sanitario nazionale”, la Corte costituzionale estende, nel dispositivo della pronuncia, l'obbligo dell'intesa anche alle parti del regolamento del Ministro della salute riferite all'individuazione delle tipologie di assistenza e dei servizi⁸. In proposito, non è superfluo considerare, ai fini del nostro esame, che tra le macro aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale 1998-2000, vigente al momento dell'entrata in vigore del comma 169⁹, troviamo sia l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, sia l'assistenza distrettuale (quest'ultima comprensiva di assistenza sanitaria di base, farmaceutica, specialistica ambulatoriale, territoriale e semi-residenziale, residenziale sanitaria, cioè della quasi totalità dei campi di intervento del futuro d.m. sugli *standard* territoriali). Ne consegue che il riferimento alle tipologie di assistenza e ai servizi contenuto nel comma 169 ben può coprire i modelli di assistenza sanitaria territoriale, incorporati nello schema di decreto di cui stiamo discutendo.

Ritornando al tema dell'intesa, non vi sono ragioni per affermare che quella richiesta dalla sentenza n. 134 sia qualche cosa di diverso rispetto all'intesa cui si riferisce l'art. 3 del menzionato d.lgs. n. 281/1997. La sentenza del 2006, infatti, assimila l'intesa che impone al regolamento sugli *standard* a quella che l'art. 54 della l. 27 dicembre 2002, n. 289 (che a sua volta veniva a confermare la procedura dell'art. 6 del d.-l. 18 settembre 2001, n. 347, conv. nella l. 16 novembre 2001, n. 405, sulla cui base è stata adottata la prima declaratoria dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, d.P.C.M. 29 novembre 2001) prevede quale procedura generale per i Lea (v. ora l'art. 1, comma 554, della l. 28 dicembre 2015, n. 508, sulla cui base è stato emanato il vigente d.m. 12 gennaio 2017). Non si è mai dubitato che tale “intesa” corrisponda alla figura generale quale consolidata nel d.lgs. 281/1997, che può essere “irrigidita” quando la fonte primaria chiede l'accordo (art. 4 del medesimo d.lgs.), oppure indebolita a mera funzione consultiva, per le modifiche meno rilevanti dei Lea (si v. il comma 559 del menzionato art. 1 della l. 508/2015). Nel quadro logico e concettuale della sent. n. 134, cioè di una pronuncia additiva a rime quanto mai “obbligate”, in cui la Corte limpidamente desume dalla scelta del legislatore statale di prevedere l'intesa sui Lea sanitari l'incoerenza di richiedere il semplice parere per gli *standard* che ne sono specificazione e concretizzazione e che pertanto determinano limitazioni (*ex art. 117, c. 2. lett. m) Cost.*) ancora più incisive dell'autonomia regionale, nulla fa pensare che la Corte abbia voluto “inventare” una figura di intesa diversa da quella consolidata nella normativa vigente, alla quale più volte, peraltro, la sentenza stessa rinvia.

⁸ E questo, come si vedrà più oltre, permette di individuare nel medesimo comma 169 la base giuridica sia degli *standard*, sia dei “modelli” per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

⁹ Il rinvio al quale, da parte del comma 169, è da considerarsi recettizio (analogamente a quanto è accaduto a proposito della nozione stessa dei Lea, i livelli essenziali di assistenza, relativamente ai quali le connotazioni di necessità e appropriatezza, previsti dall'art. 1, comma 7. del d.lgs. n. 502/1992 e s.m., sono da considerarsi integrate dalle previsioni del contestuale Piano sanitario 1998-2000: sul punto, v. R. BALDUZZI, *Livelli essenziali di assistenza versus livelli minimi, in La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, pp. 49 ss.

Un'altra questione di carattere procedurale, rilevata nel parere del Consiglio di Stato¹⁰, concerne il mancato coinvolgimento della Commissione nazionale per l'aggiornamento dei LEA e la promozione dell'appropriatezza nel Servizio sanitario nazionale, che ha sostituito la precedente Commissione prevista dal più volte menzionato comma 169¹¹. Il massimo organo consultivo statale, dopo avere avanzato il dubbio che il mancato avvalimento della Commissione costituisca vizio del procedimento, lo supera prendendo atto delle considerazioni espresse dal ministero in sede di audizione, secondo cui il già citato comma 274 della legge di bilancio per il 2022, non menzionando più tale obbligo, avrebbe comportato un'abrogazione tacita del comma 169. A ben vedere, tuttavia, la lettura del Consiglio di Stato non convince, in quanto il comma 274 non è fraseggiato come novazione della base legale del regolamento¹², ma la menzione del regolamento sembra piuttosto funzionale a porre un termine sollecitatorio per la sua adozione (30 aprile 2022) e a individuare la sua entrata in vigore come il momento della decorrenza dell'autorizzazione di spesa ivi prevista: d'altra parte, se così non fosse, dovremmo concludere che, poiché nel comma 274 sono omesse sia la menzione della natura regolamentare dell'atto ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, sia la necessità dell'intesa in Conferenza Stato-regioni, i ministeri avrebbero potuto derogare anche a tali clausole!¹³ Si aggiunga che non sembra conveniente, per l'esecutivo statale, insistere sul comma 274 come base legale: esso infatti include nell'oggetto del regolamento anche gli standard organizzativi, che lo schema di decreto (prudenzialmente?) espunge...

Sgombrato il campo dai problemi che attengono alla procedura¹⁴, passiamo ora a quelli concernenti i rapporti tra le fonti.

¹⁰ Cons. Stato, parere n. 881 del 2022, reso in esito all'adunanza del 10 maggio 2022.

¹¹ Secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 565, della menzionata l. 208/2015.

¹² Ne danno conferma sia la delibera sostitutiva menzionata *retro*, nt. 2, sia lo stesso schema di decreto, nella misura in cui sembrano lasciare sullo sfondo il comma 274. Costituisce conferma rovesciata di quanto appena sostenuto la circostanza che la relazione ministeriale illustrativa, depositata, in sostituzione della precedente, nel corso dell'audizione, riferendo la base legale esclusivamente al comma 274, lo riporta includendo una parte del comma 169, cioè che la sua emanazione sia fatta ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. n. 400/1988. Verrebbe da dire: *ultra petita*... Più attenta sul punto l'analisi tecnico-normativa, che tuttavia contiene una qualche confusione tra il secondo e il terzo comma dell'art. 117 Cost.: si legge infatti, al n. 5, che "la tutela della salute è materia di legislazione concorrente nell'ambito della quale spettano allo Stato la determinazione dei principi fondamentali e, in particolare, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m)".

¹³ Il Consiglio di Stato si limita a suggerire, forse un po' frettolosamente, "l'esigenza di espungere o modificare le disposizioni che risultano superate, come, in questo caso, ad avviso del Ministero, sarebbe il citato comma 274" [*rectius*, comma 169, *ndr*]; sorvolano, sul punto, F. PALUMBO, M.G. LA FALCE, *Il Consiglio di Stato e il DM 71. Più che una promozione piena un "rimandato a settembre"*, in *quotidianosanità.it*, 23 maggio 2022.

¹⁴ Quanto agli ulteriori limiti cui è assoggettato il potere di superare l'intesa, e in particolare a quello che consiste nell'obbligo, in capo al Consiglio dei ministri, di provvedere con deliberazione motivata, v'è da dire che il Consiglio dei ministri lo ha certamente rispettato, la motivazione della deliberazione del 21 aprile 2022 essendo semmai da considerarsi sovrabbondante (si vedano gli estesi richiami al rapporto della Corte dei conti sul coordinamento della finanza pubblica per il 2020 e agli obblighi assunti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, oltre alla puntualità con cui viene sottolineato l'insieme dei comportamenti ministeriali volti a praticare la leale collaborazione con le regioni (al netto di quanto rilevato *retro*, nt. 1).

Viene anzitutto in rilievo la questione concernente la sufficienza della fonte primaria per abilitare un regolamento così dettagliato e minuzioso. La questione si articola sotto due profili principali: quello che attiene al rispetto del principio di legalità sostanziale, nel senso che sarebbero consentite al regolamento ministeriale determinazioni prive di una base legale idonea a circoscrivere il potere normativo secondario, e quello concernente il principio di legalità formale, essendo incerti gli oggetti demandati alla competenza del regolamento stesso¹⁵.

Sotto il primo profilo, vale la considerazione che la Corte costituzionale svolse nella menzionata sent. n. 134 del 2006, richiamando la precedente sent. n. 88 del 2003: poiché “si opera nell’ambito di una materia altamente tecnica come quella della individuazione delle prestazioni relative all’assistenza sanitaria, le pur limitate predeterminazioni legislative di criteri e di limiti al potere normativo secondario appaiono sufficienti per escludere il vizio denunciato”. È pur vero che, nel tempo, si è attenuato il ruolo di quadro generale di riferimento del Piano sanitario nazionale, ma questo non ha comportato una diminuzione né del grado di specificazione dei Lea, né delle garanzie regionali, in quanto il Piano sanitario nazionale è stato sostituito dai periodici Patti per la salute, elaborati ugualmente d’intesa tra Stato e regioni¹⁶.

Sotto il secondo profilo, è da notare una certa variabilità nell’indicazione degli oggetti demandati alla competenza regolamentare: mentre il comma 169, sulla cui base venne emanato il d.m. n. 70/2015 sui cosiddetti standard ospedalieri¹⁷ faceva riferimento alla

¹⁵ Sul problema, in generale, v., per tutti, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, 3ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 41 ss.

¹⁶ Non a caso, l’ultimo tra essi, il “Patto per la salute per gli anni 2019-2021” (di cui all’intesa adottata il 18 dicembre 2019 tra il Governo, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, rep. Atti n. 209/CSR) è menzionato sia nelle premesse della delibera sostitutiva del 21 aprile 2022, sia in quelle dello schema di decreto *de quo*, richiamando la costituzione della relativa Cabina di regia e la circostanza che il documento tecnico allegato allo schema di decreto è stato redatto con il coordinamento di Agenas, nell’ambito dei gruppi di lavoro istituiti dalla Cabina di regia: la puntigliosità nel sottolineare tale lavoro istruttorio si può spiegare anche alla luce del mancato avalimento della Commissione LEA, come già sopra evidenziato nel testo.

¹⁷ Più precisamente, la base legale del d.m. 70 fu l’art. 15, comma 13, lett. c) del d.-l. 6 luglio 2021, n. 95 (c.d. *spending review* in sanità), il cui *incipit* recitava: “c) sulla base e nel rispetto degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all’assistenza ospedaliera fissati, entro il 31 ottobre 2021, con regolamento approvato ai sensi dell’articolo 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, previa intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nonché tenendo conto della mobilità interregionale, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adottano, nel rispetto della riorganizzazione di servizi distrettuali e delle cure primarie finalizzate all’assistenza 24 ore su 24 sul territorio adeguandoli agli standard europei ecc. [...]”. Si notino sia la diversa attenzione per i rapporti tra le fonti e la implicita “correzione” delle sbavature del comma 169 (non viene riportato né l’inciso “e possibilmente di esito”, né la specificazione, inutile e ambigua, “di cui ai livelli di assistenza”), sia l’esplicita correlazione tra la revisione della rete ospedaliera e la riorganizzazione della sanità territoriale (cui corrisponderanno, nel d.m. 70, i nn. 10 e 10.1 del documento tecnico, dedicati alla continuità assistenziale e agli ospedali di comunità, su cui v. oltre). Alla radice della frettosità della procedura di adozione del regolamento sugli standard territoriali e della scarsa attenzione ai profili del rapporto tra fonti, v’è indubbiamente la preoccupazione di rispettare i tempi del Piano nazionale di ripresa e resilienza; tuttavia, come si dirà in conclusione, un maggiore impegno in entrambe queste direzioni potrebbe non essere incompatibile con il rispetto di tali termini, anzi, sotto certi profili, favorirlo.

fissazione di “standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza”, il comma 274, come si è visto, privilegiava gli “standard organizzativi, quantitativi, qualitativi, tecnologici e omogenei per l’assistenza territoriale”. Ora, le premesse dello schema di decreto richiamano le quattro tipologie di standard - qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi - delle strutture sanitarie dedicate sia all’assistenza territoriale, sia “al sistema di prevenzione in ambito sanitario, ambientale e climatico”: quest’ultimo ampliamento è contenuto nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (M6C1-1), ancorché non presente né nel comma 169, né nel comma 274. Se si condivide quanto sopra detto a proposito della problematica utilizzabilità del comma 274 come base legale, ne consegue che sarebbe opportuna una norma primaria che soddisfacesse in modo chiaro al principio di legalità formale.

Collegato a quanto appena detto è la questione concerne il rapporto tra la competenza statale e quella regionale. Come non ci sono dubbi sulla spettanza al legislatore statale della competenza esclusiva sui livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie e socio-assistenziali (compresa, ai sensi del comma 6 dell’art. 117 Cost., la potestà di demandare alla fonte secondaria non soltanto la declaratoria di tali livelli, ma altresì delle loro specificazioni, una volta che la fonte primaria ne abbia in modo sufficiente determinato oggetto e perimetro di esercizio), così non dovrebbero esservi dubbi circa la spettanza alla competenza statale dei principi fondamentali anche della disciplina organizzativa dei servizi sanitari, purché sia lasciato al legislatore locale uno spazio di esercizio di quella che è la sua competenza in tema di tutela della salute¹⁸. Il problema sorge quando, anche a causa di una imprecisa individuazione degli oggetti lasciati al normatore secondario, non è chiaro a quale dei titoli di competenza statale ci si riferisce, perché allora può sorgere il problema della idoneità della fonte regolamentare a disciplinare tali oggetti. Il Consiglio di Stato si accorge, pur senza esplicitarlo, del problema e suggerisce al ministero un rimedio, quello di distinguere tra componenti prescrittive e componenti descrittive dell’allegato tecnico¹⁹, con l’esito di essenzializzare le scelte concernenti gli *standard*²⁰. Resta fuori da tale contesto il problema della sufficienza della base legale per quanto attiene non a questi ultimi, ma al “modello” di assistenza territoriale: se è vero, infatti, che il riferimento alle tipologie di assistenza e ai servizi contenuto nel comma 169 ben può coprire il modello di assistenza sanitaria territoriale, è altrettanto vero che taluni elementi portanti di tale

¹⁸ Sul punto R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, pp. 8-9.

¹⁹ Non si tratta dell’unico suggerimento rivolto al ministero (e da esso accolto) nella fase istruttoria, basti pensare a quanto si dirà a proposito dei contratti istituzionali di sviluppo: una modalità di relazione tra organo consultivo e amministrazione centrale che non si può non apprezzare, e che potrebbe, ove perseguita con modalità idonee, migliorare la qualità dei provvedimenti governativi.

²⁰ Più che tra prescrittivo e descrittivo, la dicotomia parrebbe tra vero e proprio *standard*, da rispettare, e indirizzo non cogente, ma orientativo. Come si vedrà esemplificando sugli Ospedali di comunità, la circostanza che taluni *standard* siano flessibilizzati nelle parti “descrittive” non aiuta alla chiarezza dell’operazione condotta.

modello sono oggetto di disciplina legislativa statale ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. (tutela della salute)²¹.

Si pensi, a titolo di esempio, al distretto sociosanitario, relativamente al quale il d.lgs. 502/1992 prevede una disciplina articolata, che demanda profili importanti alle regioni sulla base dei principi fondamentali da questa dedotti, stabilendo altresì l'applicazione della normativa statale anche relativamente a tali profili ove la regione non disponga su di essi²²: è evidente che, in presenza di una disciplina regionale eventualmente difforme dalle previsioni del d.m. sugli *standard* territoriali, non sarebbe conferente il richiamo alla clausola dei livelli essenziali e pertanto non sarebbe giustificata la compressione dell'autonomia regionale da parte di una fonte secondaria statale. Né sarebbe possibile una tale giustificazione richiamando i contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza: ove anche si volessero considerare legittimati tali contenuti (ma sul punto gli argomenti a favore sembrano davvero deboli²³), essi non avrebbero comunque i caratteri di specificità sufficienti per legittimare un tale vincolo – e l'esempio del distretto sociosanitario è quanto mai calzante, se solo si pensa che esso viene richiamato nel Pnrr soltanto una volta, in relazione all'obbligo che in ogni distretto sia presente una centrale operativa territoriale.

2. La discussione sul modello di assistenza territoriale

Veniamo ora alla discussione sul “modello” di assistenza sanitaria territoriale²⁴, che può essere distinta in tre filoni: problemi tecnico-finanziari, culturali e politici.

2.1. Problemi tecnico-finanziari

In primo luogo, emerge, per quanto concerne i problemi tecnico-finanziari, la questione delle risorse di personale, specialmente per le Case della comunità e per gli Ospedali di comunità, questione sollevata in particolare dalla Regione Campania per motivare la mancata intesa sullo schema di decreto, tenuto conto che le risorse a questi destinate dal Pnrr e dal Piano complementare sono risorse per investimenti. Al netto di qualche, pure importante, riorganizzazione e redistribuzione, è indubbio che, stando agli standard di personale individuati (per difetto) dall'allegato allo schema di d.m., servirebbe un *surplus*

²¹ Nella giurisprudenza costituzionale, sono stati ammessi regolamenti dell'esecutivo in materia di legislazione concorrente ove contenenti normativa tecnica (ad es., sent. n. 180 del 2020, in tema di regolamento di polizia mortuaria), il che non sembra riferibile al nostro tema.

²² Artt. 3-*quater* e segg. del d.lgs. 502/1992, nel testo introdotto dal d.lgs. 229/1999; si v., soprattutto, l'art. 3-*sexies*, comma 4.

²³ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 2022, n. 1.

²⁴ Ho intitolato al singolare (modello) perché, nonostante il titolo dato all'Allegato 1 dello schema di decreto rechi il plurale (modelli), l'art. 1 parla di “modello per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale”.

di personale tale da richiedere un investimento di risorse aggiuntive, a partire dal 2026, di circa il 25%²⁵. Va dato atto che i ministeri interessati, nel corso di tutta l'interlocuzione con le regioni, hanno cercato seriamente di corrispondere a tale criticità, rimasta tuttavia irrisolta²⁶. Poiché l'attuale monte-risorse è stato elevato essenzialmente per ragioni di pandemia (nel senso che gli incrementi sono correlati alle maggiori spese per il contrasto al CoViD-19), il problema certamente esiste: anche ammesso che le risorse aggiuntive da pandemia possano essere stabilizzate, resterebbero da finanziare quelle derivanti dai nuovi standard territoriali, tenuto anche che un'eventuale *new spending review* (ammesso che sia praticabile politicamente) difficilmente consentirebbe comunque di centrare l'obiettivo di +25%...

Da qui la tendenza a pensare che una soluzione possa essere una sorta di privatizzazione strisciante: in fondo, si sente dire (e soprattutto sussurrare) il privato ha interesse a investire (pandemia *docet*) e dunque perché non facilitarlo? Tutta la discussione sul c.d. regionalismo differenziato in sanità nasce qui, non da esigenze epidemiologiche o di maggiore aderenza ai territori, come qualche cantore, talvolta in buona fede, di questa o quella regione afferma: la differenziazione permetterebbe la fuoriuscita dal modello introdotto dalla legge 833/1978. L'intreccio tra le richieste di autonomia "totale" (senza il vincolo del rispetto dei principi fondamentali) in tema di compartecipazione alla spesa e quelle concernenti i cosiddetti fondi sanitari integrativi permetterebbe a singole regioni di derogare sostanzialmente all'assetto di fondo del Servizio sanitario nazionale e a una delle sue regole-base (quella per cui il finanziamento è assicurato dalla fiscalità generale), provocando così la destrutturazione del Ssn. Non sarebbe difficile scorgere nella combinazione di fondi sostitutivi, manovre sui ticket, regole "ammorbidite" quanto all'attività libero-professionale intramuraria e facoltà di assumere personale sanitario con minori vincoli e di retribuirlo in misura "differenziata", la possibile costruzione di un sistema "a doppio pilastro" assai squilibrato, nel quale la qualità dei servizi e delle prestazioni rese dalla componente pubblica sarebbe inevitabilmente recessiva rispetto a quella realizzabile all'interno del settore privato²⁷.

In secondo luogo, si constata una qualche divaricazione tra ciò che viene detto all'interno della comunità degli studiosi di sanità pubblica, nelle commissioni parlamentari e nelle audizioni da queste promosse, e ciò che viene approvato nell'atto che dovrebbe costituire il vertice della politica della salute: la legge di bilancio. Così, mentre si parla di superare i

²⁵ Sul punto F. PALUMBO, M.G. LA FALCE, *Tutte le criticità del "dm 71"*, in *quotidianosanità.it*, 7 marzo 2022.

²⁶ Emblematico un passaggio delle premesse alla delibera sostitutiva del 21 aprile: "Considerato che in sede di Conferenza Stato-regioni è stata raggiunta l'unanime posizione in merito alla progressività nell'implementazione degli standard e dei modelli organizzativi in relazione alla disponibilità delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente".

²⁷ Si vedano i saggi raccolti in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2020, nonché R. BALDUZZI, *La questione sanitaria e i conflitti di competenza nell'emergenza pandemica*, in N. ANTONETTI, A. PAJNO (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia: problemi e prospettive*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 2022; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit.

“silos”, cioè i finanziamenti compartimentati (e se ne parla talvolta anche senza tenere adeguatamente conto della loro storia e della ragione che li motiva)²⁸, la legge di bilancio per il 2022 si è occupata di singole istanze piccole e grandi (questa o quella malattia o gruppo di malattie, questo o quel settore dei Lea). Il problema più grave di questa divaricazione (vera e propria schizofrenia) è – come ha giustamente rilevato Filippo Palumbo – che la tempistica del PNRR costringe ad una giustificabile accelerazione che, se non sarà accompagnata da una contestuale accelerazione sul modello assistenziale per esempio sulle Case della comunità, potrebbe portare alla realizzazione di contenitori (strutture edilizie ad es.) che saranno allestiti senza poi la possibilità di utilizzarli, in quanto l'organizzazione di molte Asl non si sarà adeguata²⁹.

In terzo luogo, sembra persistere una certa incomunicabilità tra “sociale” e “sanitario”: non c'è convegno dove l'integrazione sociosanitaria non la faccia da padrone, e molte buone pratiche lo mostrano³⁰. Manca ancora una compiuta sinergia tra le amministrazioni centrali: abbiamo inserito i Leps dell'autosufficienza nella legge di bilancio senza alcuna concertazione con i Lea, e nonostante questi ultimi lo richiedano³¹.

In quarto luogo, continuiamo ad avere parole che stentano ad assumere la forma di cose e di sostanza: ad es., il distretto sociosanitario. Frettolosamente inserito dopo alcuni *pre-draft* che non lo conoscevano, esso (si veda il n. 4 dell'allegato sugli standard) finisce in parte per ripetere la normativa del 1999, con alcune affermazioni che è difficile non considerare superflue, quale, ad esempio, quella per cui “all'interno del distretto *possono* essere presenti i Consultori familiari e le attività rivolte ai minori, ove esistenti, funzionalmente collegati con la Casa della comunità hub”). Se possono, perché dirlo? E perché dirlo soltanto dei minori e dei consultori? E la salute mentale?³² Quando poi si dice che al distretto possono essere ricondotte le funzioni di committenza, erogazione diretta e garanzia, l'impressione è che non si sia voluto scegliere un modello regionale. Ma allora era meglio la tecnica del d.lgs. 229/1999... Sorprende poi che lo standard di una Casa della comunità *hub* ogni 40-50.000 abitanti, sia ripetuto come standard sia per il distretto sia per la Casa della comunità (per non parlare della sovrapposizione tra Centrale operativa territoriale e distretto, e tra distretto e Casa della comunità).

²⁸ Per un esempio, v. l'intervista a P. SILERI, *Stop a logica dei silos, serve integrazione ospedale-territorio*, in *quotidianosanita.it*, 18 ottobre 2019.

²⁹ F. PALUMBO, *I nuovi standard per l'assistenza territoriale e i rischi della mancata intesa in Stato-regioni*, in *quotidianosanita.it*, 26 aprile 2022.

³⁰ Lo evidenziano da ultimo le buone pratiche descritte in alcuni *project-works* elaborati dagli allievi del primo Corso di perfezionamento in “Organizzazione e gestione delle Case della comunità” promosso dall'Università Cattolica del Sacro Cuore (in collaborazione con Federsanità-Anci, associazione Prima la Comunità, Società italiana di diritto sanitario) nell'a.a. 2021/2022, in corso di pubblicazione su *Corti Supreme e Salute*.

³¹ Si veda il già menzionato n. 10 del documento tecnico allegato al d.m. 70.

³² Della cui assenza nello schema di d.m. v'è peraltro piena consapevolezza.

Positiva dovrebbe poi essere la valutazione sulla prevenzione (n. 14 dell'Allegato A), sia perché c'è (e non era così scontato), sia perché recepisce la migliore dottrina internazionale sulla prevenzione. Un profilo da approfondire potrebbe quello del completo silenzio sulla funzione dei medici di medicina generale in tema di prevenzione: chi meglio del medico di fiducia può sapere e orientare nel *mare magnum* della prevenzione delle malattie e delle dipendenze?

Per contro, il nesso tra *standard* e prescrizioni organizzative non è messo a tema in modo convincente e chiaro. Se penso che la “rivoluzione” del d.m. sarà affidata, quanto all'esecuzione, a categorie di professionisti le cui rappresentanze non hanno mai nascosto la propria contrarietà ad alcuni aspetti qualificanti della riforma, non v'è da essere ottimisti. Forse sarebbe utile una legge-cornice che, in primo luogo, demandi alle singole regioni di completare il quadro stesso sulla base delle loro peculiarità storico-normative e, in secondo luogo, si dedichi a disciplinare le linee di fondo della riforma di alcuni degli apparati ormai sorpassati sotto il profilo organizzativo, senza la cui riconduzione alla rete le regioni diventerebbero un ostaggio polemico o un comodo alibi per non realizzare le indicazioni del Pnrr e degli standard stessi

2.2. Problemi culturali

Il senso della Casa della comunità, evoluzione del modello della “Casa della salute”, non può essere riduttivamente colto come una mera rivisitazione di quest'ultima, ma trae da tale esperienza le lezioni per non ripeterne le insufficienze, e ciò anche alla luce del precedente diretto e immediato costituito dalle “strutture di prossimità” previste dall'art. 1, comma 4-*bis* del d.l. n. 34/2020³³. In particolare, il genitivo possessivo qui dovrebbe esprimere una più forte imputazione e integrazione tra le persone dimoranti in un determinato luogo e l'organizzazione integrata dei servizi sociosanitari e socioassistenziali, così da rendere biunivoco il rapporto tra bisogno e servizio, e dare contenuto effettivo alla cosiddetta presa in carico. In tale prospettiva, “comunità” non è sinonimo di “salute”, e pertanto anche le regioni “virtuose” (quelle, poche, che hanno implementato il modello delle Case della salute) dovrebbero prendere sul serio il nuovo assetto previsto dal d.m.

Sempre sotto il profilo culturale, la parola “comunità” presente nella denominazione Ospedali di comunità non ha il medesimo senso che deve rinvenirsi nella denominazione di Case della comunità: mentre in queste ultime, appunto, esprime quel rovesciamento tendenziale del rapporto tra servizio e bisogno al fine di una reale presa in carico, nell'espressione Ospedali di comunità, già presente nell'ordinamento di settore³⁴, essa sembra

³³ Citare R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 2, pp. 339 ss.; E. Rossi, *Le “Case della comunità” del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, *ivi*, 2021, n. 2, pp. 361 ss.

³⁴ E precisamente nel n. 11 del documento tecnico allegato al d.m. 70/2015: “10.1 Ospedale di comunità. È una struttura con un numero limitato di posti letto (15-20), gestito da personale infermieristico, in cui l'assistenza medica è assicurata dai medici di medicina generale o dai pediatri di libera scelta o da altri medici dipendenti o convenzionati con il SSN;

fare riferimento genericamente a una risposta intermedia tra l'assistenza primaria e quella ospedaliera, ma non a un primo livello di quest'ultima. Sotto questo profilo, appare incongruo avere conservato, nella parte "descrittiva" la possibilità di raddoppiare il numero dei posti letto: la contraddizione tra lo *standard* "prescrittivo" e la fraseggiatura "descrittiva" non è soltanto una contraddizione interna al documento, ma apre al rischio di una pericolosa involuzione della figura dell'Ospedale di comunità, che verrebbe assimilato agli ospedalini del passato, con la conseguenza di venire a derogare a uno dei criteri ispiratori del d.m. 70.

2.3. Problemi politici

Tra questi, il più importante è quello che attiene alla medicina generale. Non si tratta di un problema di ordine culturale, perché da molto tempo la comunità scientifica e degli operatori aveva previsto l'inserimento organico dei medici di medicina generale all'interno delle Case della salute³⁵, e neppure di ordine tecnico-finanziario, già affrontato nella riforma del 2012 (art. 1 d.-l. 158). Lo confermano: a) la paradossale vicenda dell'art. 1, comma 6³⁶; b) l'ancora più incredibile posizione di Fimmg su Aft³⁷, passata sotto silenzio (altro che incentivo per fare ciò che la condizione di convenzionato richiederebbe, salvo diventare un privilegio!). Si tratta di un vero e proprio problema di ordine politico, e come tale va risolto a quel livello. Non sarebbe sufficiente, come da qualche parte opportunamente si chiede, rivisitare la formazione del medico di medicina generale facendola confluire in qualche modo all'interno della formazione di livello universitario: non è che tali professionisti non conoscano il loro mestiere, è che un tale mestiere si esplica, sempre parlando in generale, con modalità poco coerenti con il funzionamento della rete integrata dei servizi sanitari. Sorprendeva, nella prima stesura del d.m., il silenzio su uno strumento interessante al fine di valorizzare un ruolo del centro non come semplice guardiano dell'equilibrio eco-

la responsabilità igienico-organizzativa e gestionale fa capo al distretto che assicura anche le necessarie consulenze specialistiche. Prende in carico pazienti che necessitano: di interventi sanitari potenzialmente erogabili a domicilio, ma che necessitano di ricovero in queste strutture in mancanza di idoneità del domicilio (strutturale e familiare); di sorveglianza infermieristica continuativa. La degenza media prevedibile è di 15/20 giorni. L'accesso potrà avvenire dal domicilio o dalle strutture residenziali su proposta del medico di famiglia titolare della scelta, dai reparti ospedalieri o direttamente dal pronto soccorso [...].

³⁵ Viene normalmente richiamato, in proposito (si v. da ultimo G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e Salute*, 2022, n. 2), un passaggio di Elio Guzzanti del 1977, il quale, a proposito di questa categoria professionale, così si esprimeva: "Recuperando, infatti, lo spirito e il ruolo del medico condotto, ma non più isolato perché coadiuvato da infermieri e da altre figure sanitarie e sociali, il nuovo medico di medicina generale, operante in centri di sanità o case della salute dove collabora con altri colleghi, non solo è in grado di orientare positivamente l'atteggiamento dei suoi assistiti verso la pratica della prevenzione primaria, ma è anche capace di ottenere una maggiore adesione e partecipazione ai programmi di prevenzione secondaria dei fattori precursori delle malattie e/o delle condizioni morbose già presenti ma ancora asintomatiche" (E. GUZZANTI, *La Medicina Preventiva: collegamento tra servizi ospedalieri e di territorio. Atti delle VI Giornate su "L'Ospedale in Italia"*, Istituto italiano di Medicina sociale, Roma, 1977).

³⁶ Sulla quale, v. R. BALDUZZI, *La questione sanitaria e i conflitti di competenza*, cit.

³⁷ Cfr. la mozione approvata dal Consiglio Nazionale della Fimmg il 19 marzo 2022.

nomico-finanziario, ma come promotore attento di salute: i Cis, contratti istituzionali di sviluppo. Opportunamente, all'interno dell'interlocuzione con il Consiglio di Stato, questa prospettiva è stata inserita e andrà misurata sulla base dell'effettiva volontà di ministero e regioni di prendere sul serio lo strumento.

Un altro problema politico attiene al ruolo e al coinvolgimento dei comuni. Senza di essi, si ripete spesso, non si dà integrazione sociosanitaria, in quanto la dimensione socioassistenziale finisce per restare sullo sfondo o per giustapporsi senza integrarsi. Ma ci crediamo davvero?

Altro nodo, divenuto politico, è quello concernente le residenze sanitarie assistenziali, attorno alle quali sembra ancora mancare una visione strategica. Per riferirmi a un'esperienza straniera per noi sempre interessante, quella canadese, è notizia di questi mesi che il loro finanziamento è assunto all'interno del finanziamento della sanità, e dunque le Rsa rientreranno dentro i cinque principi del servizio sanitario canadese (universalità, accessibilità, globalità, portabilità e finanziamento attraverso la fiscalità generale. Noi stiamo questionando tra favorevoli e contrari, senza dire su quale modello di Rsa.

Un altro profilo su cui l'attenzione politica dovrebbero rafforzarsi è quello della medicina scolastica. È il momento di ricomprenderne e rivisitarne il ruolo. La prevenzione comincia oggi, prima ancora forse che in famiglia, a scuola.

Dove l'attenzione politica è stata forte, è nella costruzione della *governance* del Pnrr, definita soprattutto attraverso il d.-l. n. 77/2021. Nella prospettiva costituzionale, merita attenzione, in particolare, il titolo I della parte prima del d.l. n. 77/2021 convertito nella l. n. 108/2021, sulla "governance per il PNRR", denominato *Sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo del PNRR*. L'art. 1, nel definire «il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021», afferma che «ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1». Sempre ai sensi dell'art. 1, comma 3, è in base ad un doppio titolo che trova fondamento la disciplina sulla governance: «Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Si tratta di procedure che non marginalizzano l'autonomia, ma che esigono, in capo allo Stato e in capo alle regioni, una reale volontà di lavoro comune. Le difficoltà che, lungo i decenni, hanno impedito l'implementazione delle riforme e in particolare la realizzazione di un sistema efficiente di cure primarie, sono superabili non attraverso riforme costituzionali volte a ricentralizzare competenze, ma attraverso il buon governo a tutti i livelli: la "governance per il PNRR" di cui al d.-l. n. 77/2021, va valutata positivamente, anche nelle parti in cui richiama il valore

dell'interesse nazionale e disegna un sistema di poteri sostitutivi. Questi ultimi, infatti, non necessariamente si oppongono ai principi di autonomia, sussidiarietà e leale collaborazione, ma, al contrario, appaiono persino doverosi – laddove ve ne sia l'esigenza – per contribuire ad assicurare quei livelli essenziali di assistenza che implicano la garanzia del fondamentale diritto alla salute in condizioni di uguaglianza³⁸.

³⁸ Per sviluppi, cfr. R. BALDUZZI, *La questione sanitaria e i conflitti di competenza*, cit.

Le trasformazioni della sanità territoriale: 12 progetti a cura degli allievi del primo Corso di perfezionamento in “Organizzazione e gestione della Case della comunità”

Nell'a.a. 2021/2022 si è svolto, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, il primo corso di perfezionamento in “Organizzazione e gestione delle Case della comunità, nell'ambito del riordino della sanità territoriale”, diretto dal prof. Renato Balduzzi. Il corso è stato promosso in collaborazione con FedesantitàAnci, l'associazione “Prima la Comunità”, la Società italiana di diritto sanitario (SoDiS). Alla luce di questa positiva esperienza di formazione-ricerca, è in fase di attivazione, presso il predetto Ateneo, un nuovo centro di ricerca dedicato a queste tematiche, denominato “LaboST – Laboratorio permanente sulla sanità territoriale”.

I 56 partecipanti al corso di perfezionamento hanno concluso il percorso formativo elaborando e discutendo 12 “project-works”, incentrati su rilevanti “sfide” poste dalla riorganizzazione dei servizi sanitari (e sociali) territoriali prevista dal PNRR. Si tratta di 12 proposte che il LaboST ritiene interessante mettere a disposizione di studiosi e operatori, nella prospettiva di contribuire al dibattito che accompagna i cambiamenti in atto nel SSN italiano. Ringraziando, perciò, la Rivista *Corti Supreme e Salute* per la disponibilità a dare spazio a questa iniziativa, si riportano di seguito gli abstracts dei progetti, la cui versione integrale (licenziata dagli autori nell'aprile 2022) si trova pubblicata sul sito della Rivista.

L'esperienza di formazione-ricerca avviata con il corso di perfezionamento proseguirà grazie ad una seconda edizione, la cui partenza è prevista nell'ottobre 2022 (per maggiori informazioni, è possibile visitare la [pagina web dedicata a questa iniziativa](#))

LaboST – Laboratorio permanente sulla sanità territoriale

Project-work n. 1

La Centrale Operativa Territoriale (COT) come strumento di integrazione e coordinamento nella presa in carico dell'assistito in ambito territoriale

Transizione tra setting assistenziali, tracciamento, supporto informativo e logistico, attivazione interventi, monitoraggio e telemedicina come paradigmi per nuovi modelli di sanità territoriale

ABSTRACT:

L'obiettivo del presente elaborato è progettare un sistema COT nella AUSL di Modena, come elemento di governo tra i diversi servizi dedicati ai soggetti "fragili".

Le COT sono uno strumento per far fronte alla domanda, sempre più ampia, di pazienti con bisogni socio-sanitari, centralizzando i processi di accesso alla rete dei servizi territoriali e dando continuità al passaggio tra i vari setting assistenziali.

Nel nostro modello la futura COT: eredita l'attività degli attuali Punti Unici di Accesso Socio-Sanitari e la allarga con integrazioni in ambito sociale; gestisce i flussi Ospedale-Territorio, i percorsi Domicilio-Cure intermedie; affronta la complessità delle situazioni con una idea di *continuum* nelle modalità di presa in carico, con attenzione all'evoluzione dell'ospedale, quale struttura focalizzata sulla patologia acuta, nonché della medicina del territorio e delle cure intermedie, che devono offrire prestazioni differenziate e garantire la presa in carico di pazienti a bassa-media criticità.

La domiciliarità prevede servizi diversi, integrati tra di loro; la residenzialità intermedia può contare su strutture temporanee, a valenza sanitaria/riabilitativa/sociale con livelli diversificati di intensità di cura: è evidente che un sistema così complesso e articolato necessita di un governo clinico-operativo che regoli nel miglior modo possibile domanda/offerta, attraverso strumenti operativi come l'aggiornamento di cruscotti dei posti letto nelle strutture.

Inoltre, nelle COT sono operative le Centrali di Telemedicina, che permettono di monitorare a distanza, con dispositivi digitali, i parametri sanitari di pazienti affetti da patologie croniche; le rilevazioni avvengono a seguito della presa in carico integrata da parte del MMG/PLS, dello specialista e infermiere di Comunità, i quali, ne delineano il Piano Assistenziale Individuale.

Possibili scenari futuri di presa in carico di pazienti complessi nella COT sono i percorsi dedicati ai pazienti con patologie mentali-dipendenze, alle puerpere/neonati con bisogni speciali e la possibile integrazione con la Centrale Operativa NEA116117.

La COT rappresenta una grande sfida nell'organizzazione di ciò che definiamo *continuum of care*, non solo mero passaggio di consegne, ma effettiva ricerca della soluzione più appropriata nel procedere del paziente da un *setting* di cura/vita a un altro.

Autori: **Stefania Ascari**, direttore del Distretto di Carpi; **Barbara Borelli**, direttore del Distretto di Castelfranco Emilia; **Federica Casoni**, direttore del Distretto di Vignola; **Federica Ronchetti**, direttore del Distretto di Sassuolo; **Carlo Serantoni**, direttore del Distretto di Pavullo; **Andrea Spanò**, direttore del Distretto di Modena; **Angelo Vezzosi**, direttore del Distretto di Mirandola, AUSL di Modena.

Project-work n. 2**Casa della Comunità nel Distretto di Cuorgnè dell'ASL TO4: la co-progettazione come strumento di integrazione socio-sanitaria****ABSTRACT:**

L'Azienda sanitaria locale TO-4 comprende un territorio di 3.164 kmq, suddiviso in 174 comuni, con una popolazione residente di 510.679 abitanti al 31/12/2019.

L'assistenza sanitaria territoriale si articola su 5 distretti, alcuni molto eterogenei tra loro per quanto riguarda demografia, densità abitativa, geografia e infrastrutture presenti.

Il Distretto di Cuorgnè presenta un indice di vecchiaia maggiore rispetto a tutti gli altri distretti dell'ASL e alla Regione Piemonte; gli altri classici indicatori demografici si attestano sulla media degli altri distretti dell'ASL e sulla media regionale.

L'indicatore "Speranza di vita" evidenzia un aumento della durata della vita, del numero degli anziani e del periodo di vita con disabilità e perdita di autonomia; ne risulta un'importante sommatoria di maggiori necessità che impegnano l'intero sistema di protezione socio sanitaria.

La Casa della Comunità, fulcro della rete dei servizi sul territorio, permette di potenziare l'assistenza sanitaria di prossimità e garantire una completa presa in carico della persona cronico-fragile con riduzione della pressione sugli ospedali per acuti.

Per la realizzazione della Casa della Comunità del Distretto di Cuorgnè si utilizzerà la formula della co-progettazione (art. 55, d.lgs. 117/2017 "Codice del Terzo Settore") finalizzata alla definizione e alla attuazione di specifici progetti di servizio o di intervento condivisi, diretti a soddisfare i bisogni definiti alla luce degli strumenti di programmazione.

I tavoli di lavoro coinvolgeranno l'ASL, il Consorzio C.I.S.S. 38, il Presidente dell'Assemblea Consortile, i rappresentanti di MMG e PLS, gli enti del terzo settore, le istituzioni scolastiche, singoli cittadini attivi.

I risultati attesi connessi al progetto sono riconducibili alla realizzazione di un modello creato a misura del territorio, co-costruito con gli attori che lo animano, che risponda maggiormente agli specifici bisogni sanitari e sociali e, nel contempo, garantisca una flessibilità che consenta di fronteggiare nuovi bisogni e contesti in costante evoluzione.

Autori: **Nicoletta Bellin**, vice direttore del consorzio socio assistenziale "CISS 38", Cuorgnè; **Francesca Biffi**, responsabile Ambito servizi per la progettazione e programmazione territoriale, Consorzio Desio-Brianza; **Gloria Chiozza**, direttore sanitario dell'ASL TO 4; **Andrea Lux**, direttore dei consorzi socio assistenziali CISAS (Santhià), CASA (Gattinara) e CISS (Domodossola); **Clara Occhiena**, dirigente delle Professioni infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione e della professione ostetrica, ASL TO4; **Ornella Righello**, vice direttore del Distretto Sud-Est, ASL CN 1.

Project-work n. 3

Individuazione di un modello organizzativo e operativo di una Casa della comunità in un distretto dell'ATS Valpadana

ABSTRACT:

Il gruppo di lavoro, nella ricchezza data anche dalla diversità di esperienze, di ruoli e di prospettiva dei componenti, ha inteso il project work non come mero esercizio con finalità didattiche, ma come concreto contributo, auspicabilmente utile, da consegnare a chi ha il compito di avviare la Casa della Comunità (CdC) di Crema.

A partire dall'analisi del contesto territoriale cremasco, svolta in relazione ai bisogni rilevati e ai servizi presenti, è stato prioritariamente identificato il target di utenza cui la Casa della Comunità di Crema dovrà principalmente rivolgersi; tale target comprende i cronici con le diverse forme di fragilità e di disabilità.

Essendo inoltre il territorio cremasco da sempre orientato alla collaborazione tra attori del mondo sociosanitario e del mondo sociale, si ritiene che la Casa della Comunità di Crema debba confermare e valorizzare questa peculiarità, caratterizzandosi per uno spiccato orientamento all'integrazione socio-sanitaria.

Ideare una CdC con finalità ed indirizzi a chiara e marcata valenza sociosanitaria, da realizzare in modo progressivo e modulare, rappresenta l'ambizioso disegno che questo articolato progetto ha inteso prefigurare.

All'interno della Cdc non potranno mancare il PUA, con funzioni di prima analisi della domanda ed orientamento, la valutazione multidimensionale e la presa in carico di situazioni di maggior complessità che necessitano di una progettazione strutturata, coordinata e sinergica tra più servizi e più professionalità, potendo contare anche sull'apporto nella CdC degli specialisti ospedalieri.

Tali attività dovranno essere supportate da piattaforme digitali che agevolino l'acquisizione di informazioni, la condivisione di conoscenza e il raccordo, anche virtuale, tra tutti gli operatori coinvolti, siano essi appartenenti al sistema sanitario o sociale, in una logica sempre più smart e digitalizzata.

Nella Cdc cremasca dovrà essere data continuità al coinvolgimento attivo del Terzo Settore, con un ruolo non confinato a solo "prestatore" di servizi, ma di partner in processi di co-programmazione e co-progettazione.

Il modello integrato che si propone vedrà due filoni prioritari di intervento: uno inerente alla riorganizzazione della medicina territoriale, che deve trovare nella Cdc l'anello di congiunzione e il punto di riferimento per tutti i MMG/PLS; l'altro relativo ad un servizio sociale integrato e armonizzato con il sistema sanitario e socio-sanitario territoriale.

In relazione al primo filone, la CdC, a superamento delle attuali barriere e a promozione della necessaria integrazione professionale tra i MMMG/PLS/MCA e le strutture, i servizi e i Medici Specialisti dell'ASST, deve configurarsi come *il* luogo in cui vengono create, anche mediante idonei strumenti operativi, le condizioni necessarie per la reale "presa in carico" integrata degli utenti. In relazione al secondo filone, la Cdc di Crema, da subito

avrà l'occasione per implementare il lavoro di rete in integrazione con la componente sociale, essendo sede per lo sviluppo del progetto (in corso) di presa in carico innovativa dell'autismo, redatto congiuntamente da ATS Val Padana, ASST di Crema, Comune di Crema e Azienda Sociale Cremasca, approvato e finanziato da Regione Lombardia con D.G.R. n. 5213 del 30/09/2021.

Le anime di questi due filoni, se sapranno costruttivamente interagire sia a livello istituzionale che professionale, potranno davvero concorrere alla realizzazione di quell'integrazione socio-sanitaria territoriale da tanti anni attesa ed inseguita, ma mai concretizzata nelle prassi, perché, come disse lo scrittore francese Anatole France, "Per realizzare grandi cose, non dobbiamo solo agire, ma anche sognare; non solo progettare ma anche credere".

Autori: **Ambra Coccaglio**, responsabile amministrativo della Comunità Sociale Cremasca; **Alessandro Cominelli**, direttore amministrativo dell'ATS della Val Padana; **Giancarlo Iannello**, direttore generale dell'ASP di Pavia; **Carolina Maffezzoni**, direttore socio sanitario dell'ATS della Val Padana; **Diego Maltagliati**, direttore socio sanitario dell'ASST di Crema; **Alessandra Ramera**, responsabile dell'Area sanitaria, socio sanitaria e tecnica, Dipartimento di Continuità Assistenziale e delle Fragilità, ASST della Franciacorta; **Davide Vighi**, direttore generale della Comunità Sociale Cremasca.

Project-work n. 4

Il nuovo assetto delle Case della Comunità nell'ambito della riorganizzazione territoriale dell'Azienda Sanitaria Friuli Occidentale (ASF0)

ABSTRACT:

Il presente lavoro intende illustrare le scelte strategiche che l'Azienda Sanitaria Friuli Occidentale (ASF0) ha messo in campo relativamente alla progettazione, richiesta dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in merito alle Case della Comunità sul territorio dell'Area Vasta Pordenonese, che rappresenta l'area di competenza della azienda sanitaria per quanto attiene la garanzia dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) da garantire ai propri cittadini.

In una prima parte, viene presentata l'articolazione organizzativa dell'Azienda Sanitaria, con le diverse strutture sociosanitarie presenti sul territorio di competenza e la specificità di alcune scelte allocative su particolari distretti a servizio di bacini di utenza differenziati. Lo studio analizza, poi, il ruolo assegnato alle Case della Comunità nell'ambito della riorganizzazione territoriale in atto, che prevede, oltre a tali strutture, anche la realizzazione degli Ospedali di Comunità e delle Centrali Operative Territoriali, contestualizzando il piano attuativo aziendale anche nell'ambito delle peculiarità di contesto normativo propria di una regione a statuto speciale quale la Regione Friuli Venezia Giulia. Vengono, infatti, delineate le scelte finali per il territorio di competenza alla luce delle specifiche norme regionali di settore e del fabbisogno aziendale derivante dai dati demografici e sanitari dell'area di riferimento.

Nell'analisi vengono successivamente illustrate nel dettaglio le diverse sedi distrettuali in cui vengono realizzate le Case della Comunità con i servizi ivi attivati, nonché i collegamenti operativi con la rete degli studi dei Medici di Medicina Generale e gli Ospedali di Comunità e le Centrali Operative Territoriali, nell'ottica della complessiva creazione di una rete che possa garantire la maggior continuità assistenziale per i cittadini.

In particolare, lo studio, oltre a mettere in evidenza i vincoli e le opportunità fornite dal PNRR, descrive in modo puntuale il fabbisogno a cui è rivolta questa nuova struttura del territorio indicandone le tipologie, gli obiettivi, i limiti e le linee di finanziamento.

Nella parte finale del lavoro vengono tracciate alcune linee e proposte evolutive utili per dare in futuro piena applicazione a queste nuove strutture, con l'intenzione di stressare il ruolo di prima interfaccia e di presa in carico dei bisogni socio-sanitari dei cittadini che sottende e disegna anche la previsione di un nuovo welfare di comunità.

Autore: **Joseph Polimeni**, direttore generale dell'Azienda Sanitaria Friuli Occidentale

Project-work n. 5**Promozione della salute nella famiglia e comunità: progettare e realizzare strategie di continuità territorio-ospedale in ambito perinatale****ABSTRACT:**

La pandemia di Covid 19 ha messo in evidenza che nell'area del materno infantile si riscontra una scarsa presenza di servizi territoriali, così come di un punto di riferimento competente che sostenga le responsabilità familiari e genitoriali in un dialogo con le scuole, i servizi per i minori, le politiche di conciliazione, i Consultori ed i Pediatri.

La finalità di questo project work è quella di strutturare un servizio unitario, una rete di continuità territorio-ospedale in grado di sviluppare sul territorio una medicina di prossimità, finalizzata a soddisfare i fabbisogni perinatali di primo livello, riservando ai presidi ospedalieri il trattamento della fase acuta e dell'offerta sanitaria specialistica.

In base alle indicazioni del c.d. DM 71 "Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale", nel progetto viene individuato un modello organizzativo che stabilisce che l'attività consultoriale può svolgersi all'interno delle Case della Comunità, privilegiando soluzioni logistiche che tutelino la riservatezza".

Il modello organizzativo da implementare, nell'ambito delle attività consultoriali presenti all'interno delle Case della Comunità Hub & Spoke, è un modello "a gestione ostetrica" caratterizzato da autonomia decisionale.

In questo nuovo modello organizzativo rivestono particolare valore le funzioni di *case* e *clinical management* dell'ostetrica nella gestione del percorso nascita fisiologico, per promuovere la centralità del ruolo e della salute della donna nei sistemi familiari e sociali, con l'obiettivo di accrescere l'*empowerment*, l'*engagement* e la consapevolezza per il benessere di tutti gli individui, migliorando quindi il welfare di comunità.

Il metodo scelto per la strutturazione del progetto è quello delle "4 P" proposto da Henry Mintzberg: *Perspective, Position, Plan, Pattern*.

Il project work prevede quattro livelli di intervento: culturale, organizzativo, informativo/comunicativo e formativo ed un planning che può essere realizzato nell'arco di un anno e mezzo/due anni al massimo. Viene identificata una ipotesi di stima dei costi da sostenere ed un sistema di monitoraggio e di valutazione attraverso l'individuazione di indicatori di outcome e di output.

Lo stile di leadership ritenuto più efficace è quello basato sul *partecipating*: con una definizione del lavoro iniziale con i collaboratori, fornendo molto supporto se richiesto.

Autori: **Luciarosa Olivadoti**, responsabile Sviluppo professionale e Ricerca, ASST di Lecco; **Elena Tropiano**, direttore amministrativo dell'ASL Città di Torino; **Gianluca Pesci**, direttore socio sanitario dell'ASST di Pavia; **Enrico Frisone**, direttore socio sanitario dell'ASST di Lecco.

Project-work n. 6

Definizione di un modello organizzativo per la gestione del paziente cronico: dal distretto alle Case di Comunità

ABSTRACT:

La gestione delle malattie croniche dovrebbe rappresentare la priorità della politica di tutela della salute e delle scelte di management delle aziende sanitarie, anche perché la gran parte della spesa sanitaria è dedicata alla diagnosi e cura di tali malattie. L'Italia è la seconda nazione più anziana nel mondo. L'attuale modello organizzativo "ospedalocentrico" ha fallito nel controllo della "emergenza COVID". Per altro verso, l'attività territoriale vede i medici di medicina generale isolati nei loro ambulatori ed una rete di servizi territoriali frammentata e spesso sconosciuta persino ai cittadini del territorio che essa dovrebbe presidiare. Anche per queste ragioni, il PNRR delinea il "rilancio" della rete dei servizi territoriali.

Si rende quindi necessario lo sviluppo di un modello organizzativo basato su una "rete" di assistenza territoriale, in modo particolare per il paziente cronico, che favorisca l'integrazione tra gli ambiti sanitari, sociosanitari e sociali. Il modello organizzativo deve essere in grado di individuare i bisogni socio-assistenziali, di identificare uno strumento di programmazione, verifica e controllo degli stessi, fino alla costruzione di un "progetto di salute" basato su una équipe multiprofessionale integrata, adattabile ai cambiamenti del paziente, con percorsi condivisi ed appropriati, capace di fornire prestazioni flessibili ed adattabili in risposta ai bisogni delle persone.

Nel presente elaborato, viene proposto un modello organizzativo per la gestione del paziente cronico riproducibile in ogni distretto/casa della comunità, con l'obiettivo finale di non trattare soltanto la patologia che si è instaurata, ma promuovere il mantenimento della salute.

Autori: **Laura Carla Bergamin**, referente area Disabilità per la Direzione sociosanitaria, ASST Ovest Milanese, **Cesare De Virgilio**, specializzando in Medicina di comunità e cure primarie, Università di Bari; **Marino Dell'Acqua**, direttore socio sanitario dell'ASST della Valle Olona; **Nicoletta Marciano**, direttore SC Presidi territoriali, ASST della Franciacorta; **Mariateresa Mastrocinque**, specializzanda in Medicina di comunità e cure primarie, Università di Napoli "Federico II"; **Gabriella Monolo**, direttore socio sanitario dell'ASST Ovest Milanese; **Nadia Poli**, direttore SC Servizi per la fragilità, ASST di Cremona.

Project-work n. 7**Case della comunità in contesti territoriali disagiati/montani/a residenzialità diffusa****ABSTRACT:**

Alla luce delle necessità di risposta sanitaria e sociosanitaria slatentizzate dalla pandemia di COVID-19 e, data la disponibilità economica che deriva dalle risorse del PNRR, l'istituzione delle Case della comunità e degli Ospedali della comunità è divenuta oggetto di investimento da parte del Ministero della Salute e dei Servizi sanitari regionali italiani.

Essendo questo intervento in fase di progettazione e prima realizzazione, tenendo conto delle diverse realtà territoriali e delle specifiche esigenze ad esse correlate, è apparso di interesse focalizzare l'attenzione sulle Case della comunità che in contesti territoriali disagiati/montani/a residenzialità diffusa rappresentano un servizio di particolare importanza. In virtù delle caratteristiche territoriali in cui le Case della comunità sono realizzate, esse necessitano di peculiari modalità di organizzazione e di specifiche metodologie di erogazione della offerta sanitaria e socio-assistenziale, che non deve essere di qualità o di tempestività inferiore a quella che viene garantita nelle zone metropolitane più popolate o localizzate in territori geograficamente pianeggianti ad accessibilità facilitata.

Al fine di delineare un quadro qualitativamente rappresentativo di diverse tipologie di territori disagiati, montani e a residenzialità diffusa del nostro Paese, si è ritenuto opportuno descrivere e studiare tre realtà della penisola italiana il cui disagio è comunemente identificato nella residenzialità diffusa su territorio collinare e montano, pur avendo caratteristiche diverse nei rispettivi ambiti.

Per individuare i punti di preminente intervento, si è provveduto ad esaminare le caratteristiche demografiche delle popolazioni residenti in tali territori al fine di identificare i bisogni di salute principali cui garantire una immediata risposta sanitaria e sociosanitaria. Si è studiato il territorio e i servizi sanitari già presenti per suggerire una loro valorizzazione ed integrazione con i servizi aggiuntivi oggetto del presente project work.

Infine, si sono proposte soluzioni specifiche e soluzioni comuni ai tre territori scelti come modello esemplificativo dei contesti territoriali disagiati/montani/a residenzialità diffusa.

I tre territori oggetto della analisi esposta nelle pagine successive sono il Vallo di Diano in provincia di Salerno, l'Alta Valle Arroscia in provincia di Imperia e la regione Valle d'Aosta.

Autori: **Carlo Amoretti**, direttore del Distretto n. 1 dell'ASL 1 Imperiese; **Franco Brinato**, direttore dei Distretti di Châtillon e Donnas dell'AUSL della Valle d'Aosta; **Francesca D'Auria**, dirigente medico cardiocirurgo, AOU San Giovanni di Dio e Ruggi d'Aragona di Salerno; **Guido Giardini**, direttore sanitario dell'AUSL della Valle d'Aosta.

Project-work n. 8

Modelli di integrazione multidisciplinare per la presa in carico degli utenti fragili e della cronicità nell'ambito territoriale della Provincia di Imperia: il ruolo strategico dell'Infermiere di famiglia e di comunità

ABSTRACT:

I significativi mutamenti epidemiologici, tra cui l'aumento dell'età media e delle patologie croniche, hanno messo in evidenza la necessità di cambiamento del Servizio sanitario nazionale nella direzione di migliorare sistematicamente le cure erogate. L'Organizzazione Mondiale della Sanità, in molteplici report, ha evidenziato come punto prioritario la centralità della famiglia e della comunità nel percorso di invecchiamento e dell'assistenza primaria nella prevenzione e contenimento della fragilità. Risulta pertanto necessario sviluppare e implementare, come sottolineato anche nel Piano Nazionale Cronicità, modelli e strumenti che consentano di spostare l'asse di cura dall'Ospedale al Territorio, in modo clinicamente efficace ed economicamente sostenibile. Il Patto per la Salute 2019-2021, al fine di promuovere una maggiore omogeneità e accessibilità dell'assistenza sociosanitaria e garantire una presa in carico integrata delle persone, ha introdotto, accanto ai Medici di medicina generale e agli Specialisti ambulatoriali, l'Infermiere di Famiglia e Comunità (IFeC), ovvero un professionista della salute che, dopo aver acquisito competenze specifiche, aiuti gli individui ad adattarsi alla malattia e alla disabilità cronica, accompagnandoli al domicilio e nelle relazioni quotidiane. L'IFeC risponde ai bisogni della popolazione di una specifica area in collaborazione con il Medico di medicina generale, gli Operatori del distretto Sanitario, i Medici specialisti, le Istituzioni locali e le Associazioni di volontariato. Il professionista, nell'ambito della sanità di iniziativa, promuove un'assistenza di natura preventiva, curativa e riabilitativa, differenziata per bisogno e fasce d'età, attraverso interventi domiciliari e/o ambulatoriali; assicura un collegamento con la rete sociale formale e informale, garantendo un continuo sostegno alle persone e alle loro famiglie anche attraverso follow-up telefonici.

Questo progetto pilota, supportato dalla normativa attuale e dalla letteratura scientifica, è stato elaborato con l'intento di implementare al più presto un nuovo modello di assistenza territoriale all'interno dell'Azienda sanitaria locale n. 1 "Imperiese" della Regione Liguria. In un momento come l'attuale, in cui si assiste ad una crescente domanda socio-sanitaria in presenza di forti vincoli di spesa, l'Infermiere di Famiglia e Comunità può essere una risposta coerente ai frequenti cambiamenti epidemiologici e sociali e un punto importante di riferimento per soddisfare necessità sempre più complesse, ottimizzando le risorse attualmente presenti nella comunità e offrendone di nuove.

Autore: **Marino Anfosso**, direttore SC delle Professioni sanitarie, ASL 1 Imperiese.

Project-work n. 9**Un modello per una presa in carico domiciliare dei pazienti cronici e fragili nelle case della comunità: la sfida dell'integrazione****ABSTRACT:**

La transizione epidemiologica mette in evidenza come, nel corso di questi ultimi 200 anni, si sia passati da un quadro caratterizzato dalla prevalenza delle malattie infettive a uno dominato dalle malattie croniche non trasmissibili, nel quale, negli ultimi due anni si è inserita l'emergenza pandemica.

La complessità del quadro e dei diversi processi di risposta impone un cambiamento del paradigma nella gestione della prevenzione e della presa in carico del "benessere" delle persone, volto a rafforzare la capacità del SSN di fornire servizi territoriali adeguati: un aspetto che si è posto ancor più in evidenza, alla luce delle necessità emerse nella gestione dell'emergenza sanitaria da COVID-19.

Come affermato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, si rende quindi necessaria "una nuova strategia sanitaria, sostenuta dalla definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo, che consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei e che consideri, sempre più, il SSN come parte di un più ampio sistema di welfare comunitario".

Tra gli strumenti previsti dal PNRR, e confermati nella recente Riforma regionale lombarda, insieme agli Ospedali di Comunità e alle Centrali Operative Territoriali, vi sono le Case di Comunità, luoghi fisici di prossimità, facilmente individuabili dalla popolazione, che costituiranno il punto unico di accesso rivolto ai pazienti "fragili" per le prestazioni sanitarie e sociosanitarie e sedi privilegiate per l'integrazione sociale negli ambiti territoriali. Per favorire una maggior accessibilità ed equità nell'erogazione dei servizi, il PNRR prevede l'istituzione di una casa comunità hub per ciascun distretto e un numero appropriato di case della comunità spoke distribuite in modo capillare sul territorio.

Continua, inoltre, ad essere fondamentale assicurare e potenziare i processi di prevenzione e promozione della salute, quali fattori strategici per potenziare l'impatto delle politiche socio-sanitarie e per agire efficacemente sui determinanti sociali, economici, politici e ambientali alla base delle patologie croniche non trasmissibili e che incidono sulle disuguaglianze di salute.

I processi di sviluppo attenti all'equità, alla coesione sociale, alla sostenibilità e all'implementazione del capitale sociale nelle comunità locali, anche attraverso il coinvolgimento del Terzo settore, sono infatti elementi essenziali alla creazione di contesti di vita favorevoli alla salute.

Se si considera, inoltre, che la speranza di vita si è allungata, che la maggior parte delle malattie sono più frequenti ai livelli più bassi della scala sociale di ogni società e che le politiche per la salute devono affrontare i determinanti sociali ed economici della salute, risulta necessario ed inevitabile il coinvolgimento degli Enti locali. Questa *conditio sine qua non* è sancita anche all'art. 1, comma 163, della L. 234/2021 al fine di garantire per le

persone in condizioni di non autosufficienza l'accesso ai servizi sociali anche attraverso le Case della Comunità.

Va infatti considerato che, al fine di ridurre gli accessi impropri al pronto soccorso, a fianco dei cittadini e con adeguate risorse personali, economiche e relazionali per accedere a un'unità d'offerta potenzialmente non situata nel proprio territorio/contesto di vita, ci si dovrà fare carico anche dell'accessibilità alla Casa della Comunità dei cittadini con ridotta "compliance", quelli gravemente emarginati e quelli di recente immigrazione e/o limitatamente integrati, target questi che necessitano necessariamente un fattivo coinvolgimento dei servizi sociali.

Scopo del presente progetto è quello di definire un modello organizzativo della Casa della Comunità che, attraverso un ripensamento della gestione della domiciliarità, permetta e assicuri una presa in carico personalizzata, tempestiva e integrata.

Diventa fondamentale che all'interno della Casa della Comunità operi un'equipe multidisciplinare supportata da una funzione amministrativa trasversale che favorisca la costruzione di una rete di relazioni e di cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti nella presa in carico personalizzata del paziente fragile.

Il progetto inizia con un approfondimento sull'approccio metodologico finalizzato a ripensare l'integrazione tra sanitario, sociosanitario e sociale, attraverso la tecnica dell'analisi SWOT. In questo modo si intende presentare la modalità per favorire l'integrazione dei diversi "attori" coinvolti e da coinvolgere, in particolare per la parte sociale, evidenziando l'utilità di prevedere una struttura amministrativa specificatamente dedicata. Tale ipotesi viene supportata da una breve analisi normativa ed economica che dimostra la sostenibilità del modello presentato, perlomeno considerando il periodo d'implementazione del PNRR. A conclusione di questo capitolo viene brevemente delineata la strada che potrebbe essere intrapresa per implementare un percorso di definizione del monitoraggio civico delle Case della Comunità da parte dei cittadini, sia singolarmente sia attraverso le formazioni sociali. A seguire, viene presentata l'analisi del contesto, base indispensabile per stratificare la popolazione afferente ad una casa della comunità, per intercettarne i bisogni, in particolare per quella parte che resta inespressa, e da ultimo per individuare le prestazioni attese ai fini dell'organizzazione dei servizi da erogare. A tal fine, poiché il gruppo di lavoro è costituito da persone che operano in territori diversi (ATS PAVIA, ASST MANTOVA E ATS DELLA MONTAGNA) sono state utilizzate fonti già presenti in letteratura; con particolare attenzione ai dati ISTAT e alla stratificazione della popolazione effettuata da Regione Lombardia, ben descritta nella DGR n° 6164 del 30/01/2017.

Viene quindi poi sviluppata l'ipotesi del modello implementabile per la presa in carico domiciliare dei pazienti cronici e fragili nelle Case della comunità, ponendo enfasi sull'importanza di tre elementi fondamentali quali: la prevenzione, l'assistenza domiciliare e la telemedicina, nonché del rapporto tra C.O.T. e Casa della comunità, per migliorare l'intercettazione del bisogno.

Il lavoro si conclude evidenziando sostanzialmente quattro criticità:

1. Acquisizione delle risorse umane sufficienti e adeguata formazione.

2. Collaborazione tra i professionisti coinvolti: da un lato, per quanto riguarda l'interazione tra i differenti ruoli e, dall'altro, per quanto concerne i rapporti fra "attori" istituzionali diversi.
3. Vincoli legati al rispetto della normativa sulla "privacy" che non favoriscono l'interfaccia e la consultazione dei sistemi informativi esistenti.
4. Reti informatiche frequentemente non comunicanti.

Autori: **Simone Baroni**, assistente sociale, ATS di Pavia; **Angela Bellani**, direttore del Dipartimento delle fragilità, ASST di Mantova; **Sabrina Cattaneo**, responsabile SSD Monitoraggio e programmazione cure primarie; ATS della Montagna; **Elena Mariani**, referente ADI, Dipartimento delle fragilità, ASST di Mantova; **Ilaria Marzi**, direttore socio sanitario dell'ATS di Pavia; **Grazia Volpi**, direttore UOC Gestione del personale, ATS di Pavia.

Project-work n. 10

Telemedicina e domiciliarità

ABSTRACT:

I cambiamenti socio-demografici in atto spingono il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), ancor più dopo l'impatto della pandemia, verso l'adozione di nuovi modelli organizzativi. L'invecchiamento della popolazione e il concomitante aumento di patologie croniche, nonché le influenze dei determinanti sociali, impattano sui servizi sanitari, con un importante risvolto in termini di costi diretti, indiretti e sulla sostenibilità del sistema. In questo scenario un elemento fondamentale è costituito dalla novità rappresentata dalle risorse economiche del PNRR, che, dopo decenni di definanziamento, consentono investimenti di ampia portata, inquadrati in una missione "Salute" (n. 6) che prospetta un ripensamento dei modelli organizzativi, passando da un approccio di tipo attendista a uno di tipo proattivo. Fondamentale è pertanto sostituire l'attuale paradigma costruito e incentrato sull'assistenza ospedaliera con un nuovo sistema che si concentri su interventi di prevenzione e promozione della salute già nel territorio e che metta la persona davvero al centro, identificando nella casa il primo luogo di assistenza e cura. Questo nuovo modello necessita di essere strutturato in maniera efficiente, efficace, sostenibile e trasferibile, in una modalità che tenga conto non solo della patologia del singolo, ma della salute in senso sistemico, con una particolare sensibilità verso le problematiche psicosociali, e secondo una visione di popolazione.

Per raggiungere questo scopo in maniera sartoriale e mirata, quindi più efficace, la telemedicina e le tecnologie digitali sono strumenti promettenti in grado di coadiuvare il cittadino nell'empowerment e i professionisti nelle scelte diagnostico-terapeutiche più adeguate. La salute digitale rappresenta una delle sfide più importanti per il futuro dei sistemi sanitari mondiali, e naturalmente per quello italiano descritto nelle bozze riguardanti i nuovi standard dell'assistenza territoriale. La "Casa come primo luogo di cura" è da intendere non in senso stretto, come luogo-domicilio ove vengano erogate prestazioni di assistenza e cura, ma anche in relazione al concetto di domiciliarità, di appartenenza a un contesto relazionale che ha un valore da tutelare, anche alla luce delle dinamiche di solitudine "di popolazione" sopra accennate. Le recenti Linee di Indirizzo nazionali in materia hanno definito come gli strumenti di Telemedicina possano essere considerati a tutti gli effetti atti sanitari, ed alcuni di questi offrono possibilità applicative molto importanti anche per quanto riguarda quella integrazione multidisciplinare cui aspira il progetto delle nuove cure territoriali.

Nel nostro modello quindi prospettiamo per le tecnologie digitali in sanità, prima ancora di arrivare all'erogazione di vere e proprie prestazioni sanitarie, il loro utilizzo durante la fase organizzativa e di coordinamento tra gli operatori, al fine di realizzare l'integrazione multidisciplinare tra tutti i professionisti del settore salute. Il futuro dell'assistenza territoriale è certamente nel lavoro in gruppo, nelle équipe composte da professionisti di varie tipologie. In tal senso gli strumenti digitali di teleconsulto e telecooperazione consentono

di abbattere costi e tempi di spostamento, senza interrompere la continuità dell'assistenza e creando una rete locale Hub-Spoke interconnessa e dinamica con dei professionisti funzionalmente presenti e integrati h24 nella Casa di Comunità Hub (CdC). La CdC assume in tal modo il ruolo di riferimento fisico, ma soprattutto funzionale nella presa in carico del cittadino facente parte della sua comunità di riferimento. Al fine di rendere questo sistema efficiente, efficace e in grado di rispettare il principio di prossimità, identifichiamo *in primis* 2 livelli dimensionali fondamentali: un livello "di popolazione" (100.000 ab.), che fa capo al Distretto Socio Sanitario (DSS) e alla Centrale Operativa Territoriale (COT), e un livello "di Comunità" (40.000-50.000 ab) di riferimento per la CdC Hub. Questa ha il ruolo di nodo centrale delle cure territoriali del nuovo sistema, tuttavia nel nostro progetto prevediamo al suo interno un organo specifico, che definiamo MINICOT, dedicato al coordinamento e al supporto delle attività di telemedicina destinate all'ambito di popolazione della CdC Hub, compresa anche la sua Rete SPOKE (CdC "Spoke" e studi di singoli MMG/PLS), ovvero la sua comunità. In tal modo si andrà a creare un primo livello dimensionale in grado di essere percepito dal cittadino un riferimento reale e tangibile nelle sue attività, che comunque viene supportato ed integrato da un secondo livello, quello Distrettuale e della COT, che assumono una funzione di integrazione tra i flussi di dati afferenti dalle sue CdC Hub, che le supportano per le problematiche e le iniziative più complesse e mantengono le funzioni superiori. Questi compiti, come il coordinamento funzionale della rete dei servizi sociosanitari e sanitari territoriali, nonché con il terzo settore, ad un livello macro-organizzativo fanno capo al Distretto, mentre è la CdC Hub ad erogare le prestazioni di telemedicina alla sua comunità sul territorio di riferimento mediante la MINICOT, in grado di stabilire un rapporto diretto con i cittadini della sua area di competenza. Le tecnologie digitali in sanità nel nostro modello riflettono questi due livelli: quello superiore "di popolazione" facente capo alla COT, che mantiene il ruolo di supervisione, supporto, monitoraggio e integrazione di dati e attività finalizzato ad azioni dirette alla popolazione di competenza, e quello di prossimità, o meglio "di Comunità", facente capo alla ReteSpoke e la CdC Hub che mediante la MINICOT gestisce le attività sulla quota di abitanti ad essa afferente. Per quanto riguarda la "domiciliarità", come già accennato, essa deve essere intesa non solo come Assistenza Domiciliare Integrata (ADI), bensì come il benessere derivante dal sentirsi partecipe del proprio contesto sociale. Questa potrebbe beneficiare delle tecnologie digitali nel momento in cui si utilizza l'integrazione dei dati allo scopo di intercettare il rischio-solitudine. Identificato lo specifico bisogno possono essere attivati i professionisti più idonei al raggiungimento del piano assistenziale individuale, integrandoli con la rete assistenziale sociale dell'ambito territoriale cui la persona fa parte. Dal punto di vista prettamente sanitario, invece, l'ADI può beneficiare di vari strumenti tecnici di telemedicina quali ad esempio la teleassistenza e la teleriabilitazione.

La letteratura scientifica concorda sulla necessità di indirizzare maggiori finanziamenti in due ambiti: la formazione digitale sia per gli operatori che per gli utenti dell'e-health, e la costruzione di un unico sistema di integrazione e trasmissione dei dati sanitari. Il sistema organizzativo così configurato consente l'efficace erogazione di prestazioni sanitarie e permette ai cittadini di far parte di un sistema sanitario connesso ed interconnesso, poten-

zialmente in grado di anticipare ed intercettare rapidamente i bisogni di salute ma anche le potenziali criticità sociali, in ottemperanza a quella “sanità di iniziativa” ispiratrice del disegno delle nuove cure territoriali.

Autori: **Cristina Caldara**, direttore delle Professioni sanitarie e sociali, ASST Papa Giovanni XXIII; **Daiana Campani**, PhD student in “Food, Health and Longevity”, Università del Piemonte Orientale; **Carminè Cecola**, medico di medicina generale, Azienda sanitaria regionale del Molise; **Mariateresa Gallea**, medico di medicina generale, AULSS 6 Euganea; **Simona Ludi**, coordinatore Team aziendale per la telemedicina, ASST Bergamo Est; **Enrico Peterle**, medico di medicina generale, AULSS 3 Serenissima; **Paolo Simonato**, medico di medicina generale, AULSS 6 Euganea.

Project-work n. 11***La Casa come primo luogo di cura: analisi comparativa e proposte di miglioramento dell'Assistenza Domiciliare Integrata in due contesti territoriali del Nord Italia*****ABSTRACT:**

Partendo dall'analisi del quadro normativo e organizzativo delle cure domiciliari nei due contesti organizzativi oggetto di confronto (l'AUSL di Reggio Emilia e l'ASST Rodhense), effettuata anche mediante la tecnica dell'analisi SWOT, abbiamo considerato gli aspetti sui quali il riordino delle cure territoriali previsto dal PNRR potrà intervenire e incidere nell'ottica del potenziamento dell'Assistenza Domiciliare Integrata (ADI). Consci di eterogeneità presenti non solo a livello regionale ma anche a livello territoriale, in questa prima analisi abbiamo considerato i nostri contesti aziendali specifici. In questa prospettiva, questo lavoro di pone l'obiettivo di proporsi come uno strumento di analisi e monitoraggio delle due realtà presentate nella loro evoluzione attuale e futura. In conclusione, vengono evidenziati alcuni profili di potenziale reciproco apprendimento tra le due realtà organizzative.

Autori: **Ilaria Engaddi**, dirigente medico geriatra, ASST Rodhense; **Alessandra Fontò**, dirigente medico specialista in Medicina di comunità e cure primarie, AUSL di Reggio Emilia; **Elisabetta Larosa**, dirigente medico specialista in Igiene e Sanità pubblica, AUSL di Reggio Emilia; **Gaetano Lops**, medico di medicina generale, ATS di Milano; **Paola Novati**, Direttore SC Medicina a indirizzo geriatrico - cure subacute, ASST Rodhense.

Project-work n. 12

Prestazioni specialistiche ambulatoriali erogate in modalità tele nell'ambito delle Case di Comunità: risultati preliminari di un'analisi condotta su un campione di medici prescrittori

ABSTRACT:

Il lavoro qui proposto fa parte di un *assessment* condotto dalla Direzione sanitaria dell'ASL di Asti, inteso a valutare le dimensioni irrinunciabili della partecipazione professionale all'evoluzione del SSN come disegnata dal PNRR (*in primis*: competenze digitale e associazionismo), assumendo l'invarianza delle condizioni contrattuali nazionali e l'istituzione della CDC sul territorio astigiano a fronte dell'impegno economico necessario (oltre 9 milioni di euro).

Più precisamente, ci è parso che in un sistema dove si propone un diverso concetto di accesso e dove si promuovono nuovi approcci alla professione (quali la dematerializzazione dei processi, la digitalizzazione delle interazioni, l'interoperabilità tra sistemi informativi, il teleconsulto tra professionisti di diverso inquadramento contrattuale), sia cruciale conoscere in dettaglio la predisposizione dei professionisti e la *baseline* del processo di cambiamento attivato. Questo sia al fine di misurare correttamente le aspettative (e quindi la comunicazione ai cittadini) sia di programmare le azioni necessarie a colmare il *gap* formativo e fornire un utile ritorno di informazioni in sede di negoziazione degli accordi integrativi regionali (in Piemonte fermi al palo da alcuni anni). Crediamo peraltro che sia utile anticipare quali possano essere i potenziali predittori della volontà dei camici bianchi di assecondare tale evoluzione; è altresì desiderabile conoscere l'incidenza delle diverse variabili nel grado di accettazione della sfida digitale che è sottesa all'ingresso nelle CDC, nonché calibrare correttamente le interazioni tra azienda sanitaria e professionisti convenzionati.

A sostegno di questo approccio non si sottovalutino le lezioni apprese nei decenni scorsi, quali l'incerta ricaduta sull'assistenza che hanno avuto le forme associative della MG, pensate per agevolare l'accesso ma non sufficientemente impattanti. Queste avrebbero potuto essere in realtà disegnate meglio (o con un diverso grado di cogenza contrattuale) se solo fosse stato studiato l'aspetto comportamentale che negli anni l'ACN ha promosso nei MMG.

Ad invarianza legislativa, pertanto, il grado di permeabilità al nuovo riteniamo costituisca un'area da studiare sia nei provider dei servizi salute che nella cittadinanza. Questo lavoro pertanto offre un contributo – tra i molti possibili sul tema – nell'ambito della medicina di famiglia, soprattutto nelle interazioni richieste dal PNRR all'interno delle COT e delle CDC tra la rete dei MMG e gli specialisti, di area ospedaliera o meno.

Abbiamo inteso quindi considerare le possibili interazioni reciproche tra medico prescrittore, medico specialista ed altre professioni di fronte alle possibilità offerte dagli strumenti di telemedicina. Altri lavori prima di questo hanno considerato l'*acceptance rate* dei me-

dici specialisti, mentre il nostro si focalizza sui medici di medicina generale, cioè su quel settore delle cure primarie identificabile come sede di committenza e prescrizione.

Sono stati proposti in totale 81 colloqui preliminari alla compilazione della check list e sono state valutate come valide per la successiva analisi solamente 71 schede. Nove medici non sono risultati raggiungibili nei giorni di erogazione delle schede e 41 hanno rifiutato sostenendo di non essere interessati al colloquio. Il rationale a supporto dell'esclusione di dieci schede compilate è essenzialmente rappresentato dalla scarsa coerenza delle risposte prodotte o da marcate contraddizioni evidenti all'intervistatore. Nel complesso le 71 schede giudicate valide per essere sottoposte ad analisi costituiscono l'87% delle schede raccolte che a loro volta rappresentano il 62% del totale medici di medicina generale della Provincia di Asti (131).

In sintesi, questo primo rilevamento risulta un'iniziale base di evidenze che merita di essere arricchita ed integrata al fine di consentire una programmazione dei servizi sostenibile nell'ambito delle comunità dell'Astigiano. Nel tempo si dovrà interrogare più estesamente e più completamente il sample presentato in questo lavoro in modo da - confermare o meno alcune delle risposte ottenute (es: reticenza all'ingresso nelle CDC), - formulare nuove domande con implicazioni operative (es: quali condizioni devono essere soddisfatte per contrattualizzare i MMG all'interno delle CDC) - estendere le domande di rilievo sulle prospettive delle CDC ad altri attori locali (es: specialisti ambulatoriali). Tralasciando la dimensione speculativa di questo lavoro - debole e bisognosa di maggiore strutturazione statistica - è tuttavia importante sottolineare come l'istantanea di questa piccola comunità di professionisti rifletta con una certa coerenza il quadro nazionale di sostanziale attesa rispetto ai grossi temi sostanziali:

1. disponibilità effettiva di risorse - anche in riferimento alla congiuntura internazionale;
2. evoluzioni della trattativa di revisione dell'ACN;
3. governance e strutturazione organizzativa di COT e CDC
4. strutturazione della collaborazione/integrazione tra diversi soggetti istituzionali (ASL, EE.LL, soggetti del terzo settore etc).

Sul primo tema, ad esempio, la Regioni sono chiamate ad un robusto impulso delle attività territoriali, ma nello stesso tempo paiono sull'orlo di un nuovo Piano di Rientro, che di fatto bloccherebbe il turnover del personale alla sola sostituzione delle cessazioni.

Circa il secondo tema, più che l'esortazione ai MMG ad entrare nelle CDC da parte del Legislatore fanno rumore le previste turnazioni biorarie (indistinguibile, per ora, da un ritorno alla dimensione prestazionale) o le malinconiche affermazioni dei sindacati, secondo i quali peggio di così non può più andare, secondo l'affermazione un po' millenaristica riportata sulla rivista della SIMG.

In merito al terzo tema, sia nel c.d. Decreto Rilancio (DM 34/2020) che nel PNRR, poi regolato dal decreto-legge n. 152 del 2021, si fa cenno all'implementazione di strutture di prossimità senza tuttavia entrare nel merito delle regole di ingaggio dei professionisti che vi operano. Il Legislatore formula poi il testo del PNRR ove i riferimenti al ruolo del Direttore di Distretto (ruolo di coordinamento e indirizzo) non mancano, mentre sono molto meno convincenti quelle relative al ruolo di Direzione della struttura e soprattutto

alla mappa delle responsabilità, peraltro complessa da ricostruire considerando la natura interistituzionale delle attività che vi si svolgono. E considerando, più semplicemente, che se esiste l'attribuzione di un potere di Direzione questo va a riprodurre un confronto/scontro in atto da sempre e mai risolto, quella tra Azienda Sanitaria e Medici Convenzionati. Alcune interessanti proposte – nello specifico quelle relative alla governance del processo di transizione alla CDC – sono peraltro già in discussione a livello accademico e promettono ricadute operative nel medio termine, soprattutto nel definire – i livelli istituzionali sovraordinati rispetto alla CDC – i livelli decisionali e di responsabilità.

Il quarto tema infine promette di essere meno conflittuale ma più complesso da risolvere. Tralasciando il budget di salute, argomento non più centrale, perlomeno nel testo del PNRR, una componente non minoritaria, quella relativa all'integrazione delle funzioni informative ed informatiche, non potrà che essere risolta con gare di estrema complessità e capitolati tecnici omnicomprensivi che potranno vedere la luce solamente nel medio-lungo termine. La condivisione di un budget unico di comunità che vada ad includere la componente sanitaria e quella socio-assistenziale si scontra invece con la radicata appartenenza delle professioni alle proprie radici e quindi con le rispettive diffidenze. Il modello delle Società della Salute di Regione Toscana testimonia delle grandi difficoltà a realizzare l'integrazione desiderata ma nello stesso tempo ha costituito un banco di prova sul quale fondare il percorso delle CDC.

Autore: **Mauro Occhi**, direttore sanitario dell'ASL di Asti.

La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una “transizione formativa” e unità di indirizzo politico e amministrativo*

Giovanna Razzano**

SOMMARIO: 1. Il sistema sanitario italiano osservato da fuori, fra luci e ombre. – 2. La “missione salute” e il necessario coordinamento con la “missione inclusione e coesione”: obiettivi, responsabilità e strumenti. – 3. Le cure primarie, fra visione e difficoltà di attuazione. – 4. Le azioni volte a rafforzare la medicina di prossimità lungo gli anni. – 5. L’importanza della “transizione formativa”. – 6. L’importanza della specializzazione universitaria, l’esperienza della medicina palliativa nelle cure domiciliari e la telemedicina. – 7. L’inerzia e i rimedi. – 8. Il ritorno dell’interesse nazionale, l’unità dell’indirizzo politico e amministrativo e l’autonomia. – 9. I poteri sostitutivi previsti dal d.l. n. 77/2021. – 10. Note conclusive.

ABSTRACT:

L’articolo si propone di considerare la “missione salute” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), inquadrandola nel percorso storico di sviluppo dell’assistenza sanitaria territoriale, fra le sue luci e le sue ombre. Il lavoro si sofferma, in particolare, su due temi principali: da un lato sull’importanza di investire non solo nella realizzazione di nuove strutture, ma anche nei percorsi formativi dei medici e di tutti i professionisti impegnati nelle cure primarie; dall’altro, sugli “strumenti di governance del PNRR”, laddove il legislatore, menzionando il concetto di interesse nazionale, prevede poteri sostitutivi in caso di mancato rispetto da parte delle regioni e degli enti locali degli obblighi e degli impegni finalizzati all’attuazione del PNRR.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università La Sapienza di Roma.

1. Il sistema sanitario italiano osservato da fuori, fra luci e ombre

L'intento di questo lavoro è quello di approfondire alcuni contenuti della “missione salute” del PNRR, focalizzando l'attenzione, in particolare, sull'assistenza primaria e sui nodi che finora ne hanno impedito una piena realizzazione, fra competenze e responsabilità statali e regionali. In considerazione di ciò, si dirigerà poi l'attenzione sulla “governance del PNRR”, valutando l'opportunità delle misure adottate, specie con riguardo ai poteri sostitutivi, all'interesse nazionale e alla responsabilità del Governo.

Nell'intraprendere questa analisi e volendo sinteticamente tratteggiare lo stato dell'arte in materia, pare utile considerare il nostro sistema sanitario nazionale dall'esterno, in una prospettiva aerea o, per meglio dire, europea, secondo le valutazioni operate da alcuni organismi a ciò preposti. Merita attenzione, in particolare, il documento dell'*European Observatory on Health Systems and Policies*¹, che presenta un *incipit* incoraggiante: riporta infatti che nel 2020 l'aspettativa di vita in Italia è stata di quasi due anni superiore alla media UE, sebbene si sia ridotta di 1,2 anni a causa dei decessi dovuti al COVID-19. Inoltre, nel 2018, la mortalità prevenibile e riconducibile ai servizi sanitari è stata inferiore alla media UE, anche a motivo di «un sistema sanitario generalmente efficace nel trattare pazienti con affezioni potenzialmente letali». A ciò va aggiunto, considerando questa volta i dati dell'*European Institute for Gender Equality* (EIGE)², che, mentre i punteggi italiani relativi all'uguaglianza di genere sono inferiori a quelli della media UE in tutti gli ambiti³, rispetto alla salute l'Italia registra invece il punteggio comparativamente più alto.

Le criticità però non mancano. Queste vengono individuate nelle persistenti disuguaglianze fra le regioni nell'accesso alle cure, che fanno dell'Italia il Paese europeo con la più grande differenza tra regioni⁴. L'Osservatorio europeo afferma che «i cittadini delle regioni meridionali, meno prospere, hanno più del doppio delle probabilità di riportare bisogni di cure mediche non soddisfatti rispetto a quelli delle regioni settentrionali, più ricche, a causa di ragioni finanziarie, tempi d'attesa oppure distanze di viaggio»⁵. Si evidenziano

¹ OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021, Lo Stato della Salute nell'UE*, OECD Publishing, Parigi/Osservatorio Europeo Delle Politiche e dei Sistemi Sanitari, Bruxelles, documento completato nel settembre 2021 su dati di agosto 2021 (fonti: Ministero della salute, Istituto Superiore di Sanità, Istat, Dipartimento di Protezione civile, statistiche sulla salute dell'OCSE 2021 e banca dati di Eurostat; WHO Regional Office for Europe, European Commission, European Observatory on Health Systems and Policies (2021), COVID-19 Health Systems Response Monitor – Italy: <https://www.covid19healthsystem.org/countries/italy/countrypage.aspx>)

² EIGE, *Gender Equality Index 2019: Italy* (dati di ottobre 2019, pre-pandemia)

³ L'EIGE considera lavoro, denaro, conoscenza, tempo, potere e ulteriori sottodomini.

⁴ Cfr. anche i dati CREA, *Osservatorio sui tempi di attesa*, cit., citano quelli del Rapporto *EuroHealth Consumer Index* elaborato dall'Health Consumer Powerhouse Ltd (HCP) con il sostegno della Commissione europea. Sul problema L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, n. 1.

⁵ *Ivi*, p. 14.

quindi sia disparità geografiche⁶, sia disparità economiche⁷. Ne è indice la significativa e crescente mobilità interregionale in prevalenza dal Sud verso il Nord⁸.

A prescindere dall'impatto dovuto al Covid-19⁹, circa un terzo di tutti i decessi registrati in Italia nel 2019 può essere attribuito a fattori di rischio comportamentali, come il tabagismo, i rischi alimentari, il consumo di alcolici, la scarsa attività fisica e questioni ambientali, come l'inquinamento atmosferico¹⁰. C'è poi un dato apparentemente marginale ma in realtà interessante, segnalato dall'analogo documento OCSE del 2019¹¹: la scarsa resistenza antimicrobica della popolazione italiana, con la più alta mortalità per resistenza a trattamenti antibiotici in EU e una tendenza che non accenna a diminuire, a meno di un cambiamento nell'uso o meglio nell'abuso di questi farmaci¹². Tutti elementi su cui si tornerà a riflettere nel prosieguo del lavoro.

Quanto alla spesa sanitaria, quella italiana è da sempre storicamente inferiore alla media UE¹³. Nel 2019 l'Italia ha destinato alla sanità l'8,7 % del PIL, rispetto alla media UE del 9,9 %¹⁴. Ancor più profondo è il divario per la spesa relativa all'assistenza residenziale e semiresidenziale, sempre più importante a causa del rapido invecchiamento della popolazione: in Italia è inferiore alla metà della spesa totale rispetto alla media UE¹⁵. Per ciò che

⁶ Nel 2019 l'aspettativa di vita delle donne nate in Campania era di 2,7 anni inferiore a quella delle donne nate nella provincia autonoma di Trento. L'aspettativa di vita degli uomini nati in Campania era di 2,2 anni inferiore a quella degli uomini nati in Umbria. I dati successivi risentono dei decessi per Covid-19, maggiori al Nord (p. 5).

⁷ Gli uomini di 30 anni con livelli di istruzione inferiori vivono in media 3,6 anni in meno rispetto ai coetanei con livelli di istruzione più elevati. Tra le donne tale divario di longevità è minore: circa 1,5 anni. Divari che secondo il documento dell'OCSE sono anche riconducibili a diversi livelli di esposizione a vari fattori di rischio e a stili di vita poco sani, tra cui tassi di tabagismo più elevati e abitudini alimentari non sane tra gli uomini e le donne con livelli di istruzione inferiori.

⁸ Poli di attrazione e mobilità in entrata sono Lombardia, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, la Provincia autonoma di Bolzano e l'Emilia-Romagna. Cfr. i dati della Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, 279 ss. (Il Rapporto si basa sui dati disponibili al 15 maggio 2021 ed è stato approvato nell'adunanza delle Sezioni riunite in sede di controllo del 24 maggio 2021). Per quanto concerne l'età pediatrica, un bambino che vive nel Mezzogiorno ha un rischio del 70% più elevato rispetto a un suo coetaneo del Centro-Nord di dover migrare in altre regioni per curarsi (M. DE CURTIS, F. BORTOLAN, D. DILIBERTO, L. VILLANI, *Pediatric interregional healthcare mobility in Italy*, in *Italian Journal of Pediatrics*, 47, 2021, 139).

⁹ Durante la prima ondata, dall'inizio di marzo alla fine di maggio 2020, l'Italia ha registrato più di 34 000 morti, uno dei tassi di mortalità più alti in Europa. Alla fine di agosto 2021 il tasso di mortalità cumulativo in Italia dovuto al COVID-19 era di circa il 35 % superiore alla media UE (OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia. Profilo della sanità 2021*, cit., pp. 5 e 16).

¹⁰ *Ivi*, p. 7.

¹¹ OECD/European Observatory on Health Systems and Policies (2019), *Italy: Country Health Profile 2019, State of Health in the EU*, OECD Publishing, Paris/European Observatory on Health Systems and Policies, Brussels – documento completato nell'agosto 2019, p. 21.

¹² Cfr. pure OECD (2018), *Stemming the Superbug Tide: Just A Few Dollars More*, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264307599-en>. Dall'ultimo Documento Programmatico AIFA, Medici di Medicina Generale, Pediatri di Libera Scelta e Farmacisti (2018) non emerge una particolare attenzione al problema.

¹³ La percentuale di spesa pubblica rispetto alla spesa sanitaria totale è stata del 74 % nel 2019, mentre la media UE è dell'80 %. Gli incrementi di spesa degli ultimi cinque anni sono dovuti soprattutto all'incremento della spesa privata (OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, cit., p. 9).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 10.

concerne i posti letto ospedalieri, prima della pandemia, tra il 2014 e il 2019, l'Italia ne registrava 3,2 per 1000 abitanti, laddove la media UE era pari a 5,3. Oltretutto nelle regioni meridionali il dato era di 2,4 posti letto ogni 1000 abitanti rispetto ai 3,4 posti letto per 1000 abitanti delle regioni settentrionali. Nel 2020 gli ospedali italiani hanno così raggiunto rapidamente la soglia massima di utilizzo, con una drastica carenza di posti letto nelle unità di terapia intensiva e nelle unità dedicate all'assistenza ospedaliera per acuti, soprattutto in alcune delle regioni settentrionali¹⁶. Altro problema sono poi le lunghe liste di attesa¹⁷. Quanto al numero di medici, mentre la proporzione rispetto alla popolazione è maggiore della media europea, il numero dei medici ospedalieri e di medicina generale è in diminuzione, prefigurandosi così carenze di personale nel futuro¹⁸. Quanto agli infermieri, l'Italia ne impiega meno di tutti i Paesi europei occidentali e il loro numero è inferiore del 25 % alla media UE¹⁹. Fra l'altro, come rilevato dal documento OCSE riferito al 2019, il mancato aggiornamento del relativo piano formativo non permette lo sviluppo delle nuove potenzialità di questa professione e l'attribuzione di nuovi ruoli, come avviene altrove²⁰. In seguito, nel maggio 2020, a fronte dell'emergenza pandemica, l'Italia ha stanziato 480 milioni di euro per assumere circa 9600 infermieri nel corso del 2021 e ha introdotto il profilo dell'"infermiere di famiglia e di comunità"²¹.

Di particolare interesse, nella prospettiva del PNRR, è il punto in cui il documento OCSE del 2019²² prende atto di come molte regioni stiano implementando case della salute/della comunità (*multispecialty community-based centres*), in grado di offrire un'assistenza integrata sanitaria e insieme sociale, per offrire una risposta ai bisogni dei pazienti con comor-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Al riguardo l'indagine CREA, *Osservatorio sui tempi di attesa*, cit., basata sui dati del Tribunale per i diritti del malato-Cittadinanzattiva (Osservatorio Pit Salute), ha posto in luce, già prima della pandemia, un peggioramento quanto ai tempi, ai costi, alle difficoltà per ottenere i servizi di riabilitazione a domicilio, l'assistenza domiciliare, protesica ed integrativa. Lunghe attese sono segnalate per il riconoscimento dell'handicap, per l'erogazione dei benefici economici e delle agevolazioni. Inoltre, secondo l'VIII Rapporto annuale RBM-Salute Censis per il 2018, numerosi intervistati hanno dichiarato di aver fatto ricorso a conoscenze e raccomandazioni per accelerare l'accesso a visite mediche specialistiche. Anche secondo il Rapporto "Curiamo la corruzione", reso pubblico a fine 2017 da Transparency International Italia (TI), a nome del Consorzio TI - Censis - Riscis e Ispe Sanità, sulla base di dati raccolti presso le Aziende sanitarie e nei Piani Anticorruzione, vi sono specifici rischi di corruzione nell'ambito del sistema di gestione delle liste di attesa.

¹⁸ OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, cit., p. 11. Il numero dei medici di medicina generale, in assenza di azioni politiche, anziché aumentare, vedrà una riduzione, cosicché nel 2027 ve ne saranno 35.317 a fronte dei 42.009 del 2020 (allegato tecnico del PNRR, p. 46 (*mission 5* e ss.)). Altro problema è l'imbuto formativo dei laureati in medicina (che non trovano corrispondenti spazi per la formazione specialistica) e quello dei livelli della retribuzione iniziale, fra i più bassi d'Europa, da cui deriva un'importante emigrazione all'estero tanto dei laureati in medicina, quanto degli specializzati italiani (oltre 8.800 fra il 2010 e il 2018).

¹⁹ OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, cit., p. 11.

²⁰ OECD/European Observatory on Health Systems and Policies (2019), *Italy: Country Health Profile*, cit., p. 17.

²¹ Art. 1, comma 5, d.l. 34/2020, coordinato con la l. di conv. n. 77/2020, al fine di potenziare la presa in carico sul territorio dei soggetti affetti da COVID-19, anche coadiuvando le Unità speciali di continuità assistenziale e i servizi offerti dalle cure primarie, nonché di tutti i soggetti di cui al comma 4 (affetti da malattie croniche, disabili, con disturbi mentali, con dipendenze patologiche, non autosufficienti, con bisogni di cure palliative, di terapia del dolore, soggetti fragili).

²² OECD/European Observatory on Health Systems and Policies (2019), *Italy: Country Health Profile*, cit., p. 10.

bidità. Il documento osserva, però, come nella maggior parte dei casi questi progetti-pilota non siano stati sottoposti ad un formale processo di valutazione²³. Viene poi menzionato il dato relativo alla bassa ospedalizzazione dei pazienti con malattie croniche (come il diabete, l'asma, etc.), interpretato come un dato positivo, indice di un buon sistema di cure primarie (*a strong primary care system*), in cui, almeno secondo il documento, i medici di medicina generale riescono ad intercettare i bisogni (*act as gatekeepers*) e un numero crescente di *teams* multidisciplinari è in grado di curare le cronicità e di offrire assistenza e prevenzione nei confronti della popolazione.

Su quest'ultimo aspetto, relativo alle cure primarie, si discosta però un'altra valutazione, quella "interna" della Corte dei conti, resa in occasione del citato *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, dopo il dilagare della pandemia. Per i giudici contabili, infatti, «la riorganizzazione della rete di assistenza e l'uso complessivamente più appropriato delle strutture ospedaliere non sono stati accompagnati, in questi anni, da un rafforzamento dell'offerta dell'assistenza territoriale rivolta alla parte "più debole" della popolazione, cioè anziani, disabili, malati terminali. In molti casi non sono raggiunte le soglie richieste, pur se fissate a livelli molto contenuti»²⁴.

Nel giugno 2020 era nel frattempo giunta la *Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*²⁵. Per quello che concerne il nostro Paese, «la pandemia di COVID-19 ha sottoposto il sistema sanitario nazionale a una pressione senza precedenti, facendo emergere debolezze strutturali e la necessità di incrementare la preparazione in risposta agli eventi di crisi». Si osserva, poi, come alcune misure di coordinamento siano state rallentate, soprattutto all'inizio della pandemia, dalla «frammentazione nella governance del sistema sanitario e nel coordinamento tra autorità centrali e regionali». Come si vede, si tratta di un problema noto a livello europeo e notevole nella prospettiva costituzionale.

Sembra quindi opportuno valutare in che misura la "missione salute" del PNRR, nonché la missione n. 5, "inclusione e coesione", abbiano tenuto conto delle luci e delle ombre storiche del nostro SSN, delle fragilità che l'esperienza pandemica ha portato allo scoperto, e, altresì, dei rilievi e dei rimedi additati dalle stesse istituzioni UE, in procinto di assumere un nuovo ruolo nell'ambito della sanità pubblica, ai sensi del Regolamento n. 2021/522 del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione per il periodo 2021-2027 ("programma UE per la salute"), c.d. EU4Health²⁶. Non senza tralasciare di considerare,

²³ Cfr. però, regione Emilia-Romagna, Dossier n. 269/2020 - Valutazione di impatto delle Case della Salute su indicatori di cura, 2009-2019.

²⁴ Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2021*, cit., p. 275.

²⁵ Documento 8431/20 dell'8 giugno 2020, basato sulla proposta della Commissione ST 8185/20 - COM(2020) 512 final.

²⁶ Il Regolamento, ai sensi dell'art. 168 TFUE - e quindi ferma restando la competenza non esclusiva della UE nell'ambito della sanità pubblica - assegna alla Commissione un ruolo significativo rispetto alle minacce per la salute che assumano

in riferimento al problema della «frammentazione e della mancanza di coordinamento» osservata in Italia, la nuova metodologia di governo per il PNRR, ossia la «governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure» di cui al d.l. 31 maggio 2021 n. 77, detto “decreto semplificazioni bis”, poi convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 180.

2. La “missione salute” e il necessario coordinamento con la “missione inclusione e coesione”: obiettivi, responsabilità e strumenti

La missione salute del PNRR si propone di riorganizzare le politiche della salute attraverso riforme e investimenti basati sui fabbisogni assistenziali, puntando così a superare i divari tra i diversi sistemi sanitari regionali²⁷ e a realizzare un percorso integrato che parta dalla casa come primo luogo di cura, per arrivare alle case della comunità²⁸ e agli ospedali di comunità, superando la carenza di coordinamento negli interventi sanitari e socioassistenziali. La missione si articola in due componenti: la prima denominata *Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale* (M6C1); la seconda, *Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale* (M6C2). Ci si soffermerà, in particolare, sulla prima delle due componenti, pur tenendo conto che la seconda è idonea ad esercitare un forte impatto sull'altra, specie per ciò che concerne il fascicolo sanitario elettronico e l'attivazione di sistemi informativi in grado di migliorare la capacità di erogazione e monitoraggio dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA).

La prima componente (M6C1) intende, in particolare, rafforzare le prestazioni erogate sul territorio, investendo 7 miliardi di euro: 2 miliardi per realizzare 1.288 case della comunità e la “presa in carico della persona”; 4 miliardi per rendere la casa primo luogo di cura, con l'obiettivo di prendere in carico entro il 2026 il 10 % della popolazione superiore ai 65 anni, anche implementando la telemedicina²⁹; 1 miliardo per rafforzare l'assistenza sanitaria intermedia e le sue strutture, quali specificamente 381 ospedali di comunità (1 per 158.122

un carattere transfrontaliero, rispetto a cui l'azione degli Stati membri potrebbe rivelarsi insufficiente. L'obiettivo è quello di rafforzare la resilienza dei sistemi sanitari, promuovere l'innovazione, realizzare gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni unite, colmare le lacune evidenziate dalla crisi di Covid-19 in termini di gestione delle crisi, capacità dei sistemi sanitari e investimenti.

²⁷ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza #nextgenerationitaly, <https://www.governo.it/it/articolo/piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza/16782>, p. 39.

²⁸ Su cui E. ROSSI, *Le “Case della comunità” del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, 2021, n. 2.

²⁹ Si prefigura l'attivazione di 602 Centrali Operative Territoriali cui sarebbe affidato il compito di coordinare i servizi domiciliari assicurando un collegamento con gli ospedali e la rete di emergenza urgenza.

abitanti)³⁰, ossia strutture a media/bassa complessità clinica dotate tra i 20 e i 40 posti letto gestite prevalentemente da personale infermieristico³¹.

Agli investimenti si affiancano alcuni strumenti normativi. Fra quelli che dovrebbero adottarsi entro giugno 2022, vi sono un decreto ministeriale di «definizione di standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale e identificazione delle strutture a questa riferibili»³² e le linee guida concernenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare³³. Si attende inoltre un contratto istituzionale di sviluppo³⁴ per le case della comunità e la presa in carico della persona³⁵. Più in là andrà elaborato un «Disegno di legge sulla definizione di una nuova componente istituzionale del Servizio sanitario nazionale per le politiche, le attività e le prestazioni in materia di Salute-Ambiente-Clima»³⁶, secondo l'approccio c.d. *One Health*, che implica prevenzione in ambito sanitario, ambientale e climatico, nella consapevolezza dell'intreccio e della reciprocità fra questi aspetti³⁷.

³⁰ Il conteggio delle strutture è riferito alla popolazione secondo standard di qualità condivisi a livello scientifico. Cfr. allegato tecnico al PNRR, *Personnel cost and sustainability plan aimed at financing the activities "Strengthening health care and the territorial health network" relating to M6C1*.

³¹ Al riguardo cfr. l'intesa n. 3782 nella Conferenza Stato-Regioni del 20 Febbraio 2020, sui *Requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi dell'Ospedale di Comunità*.

³² Sul punto, tuttavia, nonostante il 4 agosto 2021 sia stata acquisita un'intesa in sede di Conferenza Stato Regioni su di un primo documento predisposto dal Ministero della salute, è poi mancata l'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni sullo schema di decreto del Ministro della salute concernente il regolamento recante "Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale nel Servizio sanitario nazionale". Sulla questione, che attiene alle procedure, al rapporto fra le fonti e ai contenuti, cfr. ora R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2022, n. 2.

³³ Cfr. MEF, decreto 6 agosto 2021, *Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del PNRR e ripartizione di traguardi e obiettivi per scadenze semestrali di rendicontazione*, Tabella A (G.U. 24 settembre 2021). Il 9 marzo 2022 è stato siglato il protocollo AGENAS –ANAC di vigilanza preventiva-collaborativa riguardo la procedura per la realizzazione della Piattaforma di telemedicina. Il 18 marzo 2022 l'AGENAS, con l'Avviso per la piattaforma nazionale di telemedicina, ha avviato un'indagine finalizzata ad acquisire proposte da parte di Operatori economici, adeguatamente qualificati e in possesso di requisiti idonei ai sensi di legge. Cfr. al riguardo il Dossier del servizio studi del Senato, *Monitoraggio dell'attuazione del PNRR*, agg. 11 aprile 2022.

³⁴ I CIS possono definirsi come strumenti per la realizzazione di azioni complesse e strategiche, basati su accordi tra le amministrazioni centrali, quelle regionali e locali e i soggetti attuatori. Sono stati introdotti dall'articolo 6 del D.Lgs. n. 8 del 2011 e ulteriormente valorizzati dal decreto-legge n. 91/2017, art. 7 e, in riferimento al PNRR, dal decreto-legge n. 77/2021.

³⁵ Cfr. ancora MEF, decreto 6 agosto 2021, Tabella A, cit. e Dossier del servizio studi del Senato, cit., p. 32, in cui si ricorda che, con decreto del 20 gennaio 2022 il Ministero della salute ha stabilito il riparto con la consueta modalità basata sulla quota di accesso 2021 al Fondo sanitario nazionale, ma con un meccanismo di ponderazione per le Regioni del Mezzogiorno più favorevole (attribuzione del 45% in luogo del consueto 40% delle risorse alle Regioni del Mezzogiorno). Il 30 marzo 2022 è stata acquisita un'intesa sullo schema di CIS che, insieme al Piano operativo, ogni Regione dovrà presentare entro il 31 maggio 2022.

³⁶ Per l'attuazione di quest'ultimo intervento di riforma, nel periodo 2022-2026 è prevista l'assegnazione di 500 milioni a valere sul Fondo nazionale complementare (d.l. n. 59/2021).

³⁷ Secondo i dati sui siti contaminati nel nostro Paese, una rilevante fascia di popolazione residente (6 milioni di abitanti, pari al 10% della popolazione nazionale) vive in una situazione di rischio per il benessere psico-fisico (L. LUCENTINI-P. ROSSI, *Salute, ambiente e clima: sviluppo di un modello di sanità pubblica ecologica*, in *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Missione salute*, Monitor n. 45, 2021, p. 18) mentre l'intero territorio nazionale presenta una grave ed estesa fragilità sismica, idro-geologica e climatica (WHO-UNCCC *Climate change and health country profile: Italy*. 2018).

In tutti i casi, il Ministero della Salute, anche attraverso i suoi Enti vigilati (AIFA, ISS e soprattutto AGENAS), è responsabile per l'implementazione e il coinvolgimento delle amministrazioni regionali e di tutti gli altri enti interessati. E, d'altro canto, come ha sottolineato il Presidente del Consiglio nel discorso per la presentazione del PNRR alla Camera³⁸, «le regioni e gli enti locali sono responsabili della realizzazione di quasi 90 miliardi di investimenti, circa il 40% del totale, in particolare con riferimento alla transizione ecologica, all'inclusione e coesione sociale e alla salute»³⁹.

In tema di case della comunità e di assistenza domiciliare, laddove dovrebbe operare un gruppo multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e assistenti sociali, ruota anche la «missione inclusione e coesione» del PNRR, dove il ruolo degli enti locali è ancora più marcato. La missione n. 5 prevede infatti interventi per il sostegno alle persone vulnerabili, la prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani non autosufficienti, percorsi di autonomia per persone con disabilità, nonché una legge quadro sulla disabilità⁴⁰ e una riforma del sistema degli interventi in favore degli anziani non autosufficienti. Indica come soggetti attuatori gli enti locali (comuni singoli od associati in ambiti territoriali) coordinati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in collaborazione con le regioni.

Per quanto, dunque, il PNRR abbia distinto la salute dall'inclusione e dalla coesione, è fondamentale considerare in modo coordinato questi ambiti. L'integrazione fra assistenza sanitaria e assistenza sociale è infatti ritenuta non solo opportuna, ma anche necessaria in molti settori, come nella disabilità, nella tossicodipendenza, nella non autosufficienza⁴¹. Si auspica pertanto la riunificazione delle funzioni amministrative relative alla tutela della salute con quelle socioassistenziali, posto che l'attuale divisione di competenze, ripartita fra le regioni, i comuni nonché l'INPS (in merito alle risorse e ai servizi connessi all'indennità di accompagnamento e/o assegni di invalidità) è causa di inefficienze, di disagi alle persone e di aggravii di costo sempre meno sopportabili per i comuni⁴². L'assistenza sanitaria

³⁸ Tenutosi il 26 aprile 2021.

³⁹ Secondo lo studio della Fondazione Istituto per la Finanza e l'Economia Locale (IFEL), di cui si è avvalso lo stesso servizio studi di Camera e Senato per l'elaborazione del Dossier sul PNRR del 27 maggio 2021, il coinvolgimento degli enti locali risulta necessario per l'implementazione di molte parti del Piano (sebbene questo non specifichi se e in che misura le risorse saranno assegnate alla diretta gestione degli enti locali). In particolare, si precisa, per ciò che concerne la «missione salute», l'obiettivo rispetto al quale è concretamente previsto il coinvolgimento degli enti locali è quello della realizzazione delle case della comunità, con il connesso investimento. Cfr. Dossier del servizio studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sul PNRR, del 27 maggio 2021, p. 63.

⁴⁰ Cfr. ora la l. 22 dicembre 2021, n. 227, *Delega al Governo in materia di disabilità*.

⁴¹ Cfr. R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 2, p. 348; A. BANCHERO, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020*, n. 77, ivi, pp. 393 e ss.; E. ROSSI, *Il "sociosanitario": una scommessa incompiuta?*, ivi, 2018, n. 2, pp. 249 ss.

⁴² R. BOTTI, *Le Funzioni Amministrative in Sanità (art. 118 Costituzione)*, in *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, Convegno a cura della Rivista *Federalismi*, ISSIRFA-CNR, Osservatorio sui processi di governo, Roma 13-14 ottobre 2021 (abstract disponibili sul sito di ISSIRFA). Egli propone, in particolare, di «realizzare un percorso integrato di

domiciliare di cui alla M6C1, come si dirà oltre, è poi intrinsecamente legata alla prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani e al sostegno delle persone vulnerabili (M5). Ad ogni modo il disegno di politica sanitaria e socioassistenziale sotteso al PNRR si pone in continuità con quello che potrebbe definirsi *il lungo cammino dalla centralità dell'ospedale a quella della persona da assistere*⁴³, nella convinzione che questo orientamento porti con sé una migliore appropriatezza delle cure, una diminuzione dei ricoveri impropri e una conseguente riduzione della spesa sanitaria. Significativo, a quest'ultimo riguardo, è l'allegato tecnico del PNRR, che nel definire in qual modo la missione salute sarà finanziata negli anni (*Sustainability Plan* - fino al 2027), indica un bilancio che, se da un lato prevede l'incremento del fondo sanitario nazionale, dall'altro mostra di basarsi soprattutto sui *risparmi attesi* dalla riduzione della spesa per ricoveri ospedalieri inappropriati (specie quelli dei malati cronici), sui risparmi derivanti dalla *presunta* diminuzione degli accessi al pronto soccorso dei codici bianchi e verdi (i maggiori risparmi attesi), e sui risparmi derivanti dal *presunto* calo delle spese farmaceutiche di medicinali ad alto rischio di inappropriatezza⁴⁴. Le incognite, evidentemente, non mancano⁴⁵.

3. Le cure primarie, fra visione e difficoltà di attuazione

La “missione salute” del PNRR si ricollega comunque ad un progetto risalente e, come ora si vedrà, anche largamente condiviso, di cui da decenni si attende la realizzazione, non

gestione dell'assistenza socio-sanitaria che indirizzi e coordini le diverse componenti del welfare (sanità, sociale, terzo settore e volontariato), identificando nel distretto socio-sanitario - a gestione ASL (Servizio Sanitario Regionale), ma con una importante partecipazione programmatica dei Comuni del territorio - il luogo di naturale sviluppo e gestione delle strategie di presa in carico e tutela del benessere dei cittadini. Cfr. inoltre l'analisi particolareggiata svolta da T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, ESI, Napoli, 2020, pp. 291 ss., spec. p. 302, in riferimento al tema dell'integrazione socio-sanitaria nella programmazione regionale e locale. Cfr. inoltre, sul tema, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017 ed E. VIVALDI, *Assistenza sociale, in Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Torino, Giappichelli, 2014.

⁴³ L'espressione adottata, a differenza di altre, che ad esempio si riferiscono al passaggio *dall'ospedale al territorio*, sembra più appropriata, in quanto anche “il territorio” è a sua volta *funzionale* alla presa in carico della singola persona, con i suoi bisogni complessi.

⁴⁴ Cfr. allegato tecnico p. 49 (mission 5).

⁴⁵ Il documento di dettaglio del PNRR prevede infatti di passare dall'attuale 5,1% (701.844 assistiti) al 10% delle persone over 65 con patologie o non autosufficienza assistite a domicilio, arrivando a 1.509.814 persone nel 2026. Tuttavia, a ben guardare la tabella di riferimento, che considera cinque livelli di assistenza, sulla base del benchmark dell'assistenza nelle regioni Emilia Romagna, Veneto e Toscana, il 60% di tale categoria di pazienti avrebbe una visita domiciliare al mese da parte del medico di famiglia; un ulteriore 20% avrebbe una visita a domicilio del medico meno di una volta ogni due mesi e dell'infermiere ogni 12 giorni; solo un 4% avrebbe, fra medico e infermiere, un totale di accessi a domicilio di 12 volte al mese, mentre il restante 6% sarebbe in cure palliative e riceverebbe 15 visite domiciliari mensili. Come si intuisce, una tale risposta al bisogno di cura potrebbe non essere soddisfacente, sia rispetto alla garanzia costituzionale del diritto alla salute, sia rispetto all'obiettivo della diminuzione dei ricoveri ospedalieri e dei ricorsi al pronto soccorso, da cui dovrebbe derivare la diminuzione della spesa e quindi lo stesso finanziamento dell'assistenza sanitaria nel lungo periodo. Un ruolo potrebbe giocare la telemedicina, che potrebbe compensare la carenza delle visite in presenza con l'assistenza a distanza (sul punto *infra*, § 6).

rappresentando solo la risposta ad una contingenza, per quanto prolungata e grave, come quella della pandemia. I primi passi del cammino verso l'appropriatezza delle cure e la centralità della persona bisognosa di assistenza si possono far risalire, infatti, alla stessa legge istitutiva del SSN, la n. 833 del 1978, la quale già disponeva che, alla gestione unitaria della tutela della salute, si provvede in modo uniforme nell'intero territorio nazionale con una rete completa di USL che si articolano in *Distretti sanitari di base*, quali strutture tecnico-funzionali per l'erogazione dei *servizi di primo livello e di pronto soccorso*⁴⁶.

In quegli anni si manifestava infatti, anche in ambito internazionale, una rinnovata consapevolezza circa l'importanza delle cure primarie. Sempre nel 1978, nel corso della conferenza promossa dall'Organizzazione mondiale della salute (OMS) ad Alma-Ata, in Kazakistan, era stato affermato il principio della essenzialità delle *Primary health care*, intese come *the place of first contact with a national health care system*, alla base della strategia della *Health for all by the year 2000*. Ancor prima, nel 1946, al momento della costituzione dell'OMS, la salute era stata inoltre definita come uno stato di completo benessere *fisico, mentale e sociale*, che non consiste solamente nell'assenza di malattia o di infermità⁴⁷. In seguito, nel 2018, la dichiarazione di Alma Ata è stata rilanciata dall'OMS ad Astana. Fu in quell'occasione che la rivista *Lancet* constatò una realtà tanto elementare, quanto essenziale per ogni politica sanitaria: quando la popolazione invecchia e la multi-morbidità diventa la regola, il ruolo delle cure primarie diventa determinante⁴⁸.

Ma cosa si intende, in concreto, con "cure primarie"? L'espressione trova origine nell'ambito della c.d. medicina preventiva, la quale è un aspetto essenziale della tutela della salute, come venne chiarito già durante i lavori in Assemblea costituente da Giuseppe Caronia⁴⁹, il quale, nell'esame dell'art. 26, poi divenuto l'attuale art. 32 Cost., chiarì che la tutela della

⁴⁶ Artt. 10 e 61, corsivi di chi scrive.

⁴⁷ Constitution of the World Health Organization: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». L'Organizzazione Mondiale della Sanità, istituita il 7 aprile del 1948 con sede a Ginevra, è l'Agenzia delle Nazioni Unite specializzata per le questioni sanitarie.

⁴⁸ La rivista *Lancet* (Editorial. *The Astana Declaration: the future of primary health care?*, in *Lancet* 2018; 392: 1363) denunciò, al contempo, la crisi delle cure primarie e la loro mancata realizzazione dopo 40 anni, osservando come metà della popolazione mondiale ancora non avesse accesso alla gran parte dei servizi sanitari essenziali, mentre in realtà l'80-90% dei bisogni sanitari della popolazione – nel corso di tutta la vita – possono essere soddisfatti all'interno della rete delle cure primarie, dall'assistenza alla gravidanza alla prevenzione delle malattie tramite le vaccinazioni, alla gestione delle malattie croniche, alle cure palliative. Osservò, poi, come le politiche sanitarie si fossero concentrate sulle singole malattie, con risultati variabili.

⁴⁹ Ordinario di pediatria alla Sapienza, scienziato, eletto alla Costituente nelle liste della Democrazia Cristiana, fu insignito dell'onorificenza alla memoria di "Giusto tra le Nazioni" conferita dall'ente israeliano per la Rimembranza "Yad Vashem" per avere nascosto e protetto dalla persecuzione nazista a Roma, nel 1943-44, centinaia di ricercati nei locali della Clinica delle Malattie Infettive al Policlinico Umberto I, da lui diretta (E. GAUDIO, G. Caronia, in *Nomos*, 2017, n. 3, Relazione presentata al Convegno I 'Costituenti' de 'La Sapienza', svoltosi il giorno 30 novembre 2017, Università La Sapienza di Roma).

salute implica anche la prevenzione delle malattie e, quindi, la promozione dell'igiene⁵⁰. Altrettanto interessante, anni dopo, è quanto Elio Guzzanti⁵¹ scriveva già 1977:

«La prevenzione “primaria” (...) mira ad individuare e a combattere tutte le condizioni e possibili cause di malattia che derivano dall'ambiente fisico, biologico e sociale, un compito svolto da decenni dalla Sanità Pubblica, con la partecipazione dei medici condotti in funzione di ufficiali sanitari. L'evoluzione nel tempo della demografia, della epidemiologia e della sanità richiedono nuove concezioni, mezzi e metodi della prevenzione primaria. Recuperando, infatti, lo spirito e il ruolo del medico condotto, ma non più isolato perché coadiuvato da infermieri e da altre figure sanitarie e sociali, il nuovo medico di medicina generale, operante in centri di sanità o case della salute dove collabora con altri colleghi, non solo è in grado di orientare positivamente l'atteggiamento dei suoi assistiti verso la pratica della prevenzione primaria, ma è anche capace di ottenere una maggiore adesione e partecipazione ai programmi di prevenzione secondaria dei fattori precursori delle malattie e/o delle condizioni morbose già presenti ma ancora asintomatiche»⁵².

La lunga citazione è utile, perché mostra quanto antico sia il progetto delle case della salute, quali luoghi funzionali alla prevenzione primaria, così come l'auspicio per un «nuovo medico di medicina generale», in grado di «collaborare con altri colleghi». Aggiungeva in proposito Guzzanti:

«Dal punto di vista organizzativo, la medicina di base nella moderna concezione si differenzia dalla tradizionale figura del medico “solista” perché il medico di medicina generale ed il pediatra dovranno essere affiancati da un gruppo di altre figure professionali sanitarie, e dovranno avere la possibilità di un facile e pronto riferimento ad alcuni specialisti, in particolare l'ostetrico, il ginecologo, il cardiologo, lo psichiatra e l'odontoiatra. Se a tutto ciò si aggiunge la possibilità che personale dipendente di altri enti od organismi, quali assistenti sociali e gli addetti ai servizi di assistenza domiciliare, possa essere inserito in programmi congiunti di azione verso gli individui ed i gruppi vulnerabili ed a rischio, ecco completarsi la fisionomia del Distretto che è la vera essenza della riforma sanitaria»⁵³.

Si tratta di una visione lungimirante, che la “missione salute” del PNRR si propone di rilanciare ancora una volta⁵⁴. Al contempo, tutto ciò non può che evidenziare il ritardo accumulato, ove si consideri che è dagli anni Settanta che si punta alla realizzazione dell'assistenza

⁵⁰ Assemblea costituente, 24 aprile 1947, p. 3297.

⁵¹ Medico, docente, direttore ospedaliero, direttore dell'Agenas e Ministro della salute con il Governo Dini (1995-1996).

⁵² E. GUZZANTI, *La Medicina Preventiva: collegamento tra servizi ospedalieri e di territorio*. Atti delle VI Giornate su “L'Ospedale in Italia”, Istituto Italiano di Medicina Sociale, Roma, 1977.

⁵³ E. GUZZANTI, T. LONGHI, *Medicina di base e medicina ospedaliera*, in Fondazione Medica, 1985;9:1005-1011 (editoriale). Cfr. anche E. GUZZANTI et al., *L'Assistenza Primaria in Italia: dalle condotte mediche al lavoro squadra*, Roma, Edizioni Iniziative Sanitarie, 2009, in cui si è definita l'assistenza sociosanitaria come un bisogno complesso da riferire all'assistenza primaria, per una risposta assistenziale unitaria, «inscindibile nelle singole componenti sanitaria e sociale, cui corrisponda una unitarietà organizzativa, gestionale, temporale».

⁵⁴ Cfr. anche il rapporto dell'OCSE sul futuro delle cure primarie, *Realising the Potential of Primary Health care*, 30 maggio 2020.

primaria e si auspica che il «nuovo medico di famiglia» sia non più «solista». Va aggiunto, oltretutto, che questo programma di politica sanitaria non risulta essere stato oggetto di obiezioni, almeno se si guarda ai programmi politici. Il nucleo essenziale del progetto della medicina territoriale sembra infatti aver sempre trovato adesione da parte di coloro che si sono succeduti al Ministero della salute (quasi mai per oltre un biennio, va notato)⁵⁵.

4. Le azioni volte a rafforzare la medicina di prossimità lungo gli anni

Punto di riferimento fondamentale è la “riforma Bindi”, promossa dal d. lgs. n. 299/99, che all’art. 3 *quinquies* dispose, fra l’altro, che le regioni organizzassero il distretto in modo da garantire l’assistenza primaria, ivi compresa la continuità assistenziale, attraverso il necessario coordinamento e l’approccio multidisciplinare, in ambulatorio e a domicilio, tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, servizi di guardia medica notturna e festiva e i presidi specialistici ambulatoriali; e in modo, altresì, da erogare prestazioni sociali di rilevanza sanitaria, se delegate dai comuni, così che il distretto potesse garantire, oltre all’assistenza specialistica ambulatoriale, attività o servizi per la prevenzione e la cura delle tossicodipendenze; attività o servizi consultoriali per la tutela della salute dell’infanzia, della donna e della famiglia; attività o servizi rivolti a disabili ed anziani; attività o servizi di assistenza domiciliare integrata; attività o servizi per le patologie da HIV e per le patologie in fase terminale⁵⁶.

Sulla stessa lunghezza d’onda si pose, anni dopo, il “New Deal per la Salute” del Ministro della salute Livia Turco⁵⁷. Pur constatando il fallimento dei distretti voluti dalla precedente riforma⁵⁸, veniva infatti rilanciata la medicina di prossimità e il «grande obiettivo della Casa della Salute», che – si diceva – «potrebbe diventare la struttura polivalente e funzionale in grado di erogare materialmente l’insieme delle cure primarie e di garantire la continuità assistenziale con l’ospedale e le attività di prevenzione»⁵⁹. Si proponeva, inoltre, ai medici di famiglia, «un patto di diritti e doveri: diventare il perno del sistema delle cure primarie

⁵⁵ Fanno eccezione i Ministri Girolamo Sirchia (in carica dal 2001 al 2005), Beatrice Lorenzin (in carica dal 2014 al 2018) e Roberto Speranza, in carica dal settembre 2019. Risalendo indietro negli anni superarono il biennio anche Donat-Cattin (Ministro della salute dal 1986 al 1989) e Camillo Giardina (dal 1959 al 1962).

⁵⁶ Cfr. E. JORIO, D. SERVETTI, *La difficile riforma dell’assistenza primaria, tra legge statale, accordi collettivi e programmazione regionale*, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 2, pp. 259 ss.

⁵⁷ Si tratta delle *Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini* presentato nel corso di un’audizione presso la Commissione affari sociali della Camera dei deputati, il 27 giugno 2006.

⁵⁸ *Ivi*, p. 30: «Il distretto non è diventato ciò che doveva diventare».

⁵⁹ *Ivi*, p. 31. Cfr. poi il Decreto del Ministro della salute del 10 luglio 2007. Sul tema cfr. i contributi raccolti da S. LANDRA, F. PRANDI, M. RAVAZZINI (a cura di), *La salute cerca casa*, Roma, Derive e Approdi, 2019; F. RIBOLDI, *Verso un Welfare di comunità sostenibile: la sfida possibile delle Case della Salute/Case della Comunità*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3.

in un sistema di governance, un governo clinico del territorio che costruisca la squadra tra medico di famiglia, medici del distretto, specialisti ambulatoriali, professioni sanitarie in un lavoro che deve essere a rete e non più gerarchico e frammentato»⁶⁰.

Volto al rafforzamento delle cure primarie è anche il programma politico rappresentato dal “Libro bianco sul futuro del modello sociale” del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali Maurizio Sacconi, del maggio 2009⁶¹, che risulta particolarmente innovativo. Si auspica infatti non solo, ancora una volta, «lo sviluppo dei distretti socio-sanitari quali centri di riferimento dei cittadini e sede della integrazione operativa», ma anche il «superamento della distinzione tra pubblico e privato attraverso il riconoscimento alle formazioni sociali di una soggettività di rilievo pubblico anche nella programmazione dei servizi»⁶². Si tratta di un tema attuale, se si considerano gli orientamenti legislativi e giurisprudenziali più recenti, cui sembra opportuno accennare brevemente.

Da un lato, infatti, il nuovo Codice del Terzo Settore ha previsto che le amministrazioni pubbliche – nell’esercizio delle loro funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di interesse generale – assicurino «il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento»⁶³; dall’altro, la sent. n. 131/2020 della Corte costituzionale ha considerato tale norma quale espressa attuazione del principio di sussidiarietà di cui all’ultimo comma dell’art. 118 Cost., affermando che gli enti del terzo settore rappresentano «la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli enti del Terzo settore (...) è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale». Inoltre, in risposta all’emergenza pandemica, il c.d. “decreto rilancio” ha previsto alcune c.d. «strutture di prossimità»⁶⁴ piuttosto somiglianti alle famose case della comunità, al fine di realizzare, in via sperimentale, attività volte alla promozione della salute, alla prevenzione, alla presa in carico e alla riabilitazione, mediante modalità che riducano le scelte di istituzionalizzazione e favoriscano la domiciliarità. Per il legislatore la relativa sperimentazione deve coinvolgere le istituzioni presenti nel territorio, il «volontariato locale» e gli «enti del

⁶⁰ *Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini*, cit., p. 31.

⁶¹ Vi si legge, infatti, che «nella dimensione territoriale acquisiscono un ruolo crescente i servizi di assistenza domiciliare, le residenzialità extra ospedaliera per non autosufficienti disabili, anche con formule innovative, quali gli ospedali di comunità e gli hospice per i pazienti oncologici (...) Anche nella formula organizzativa, la medicina generale sta cambiando, con il superamento della figura del medico “solista”, per approdare a nuove forme di associazione e collaborazione, che consentano di dar vita a un sicuro e stabile riferimento per il paziente lungo l’arco della giornata e della settimana».

⁶² Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, Libro bianco sul futuro del modello sociale. *La vita buona nella società attiva*, 2009, p. 34.

⁶³ D.lgs. n. 117/2017, art. 55.

⁶⁴ Art. 1, comma 4-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella l. 17 luglio 2020, n. 77. Si tratta del medesimo provvedimento già menzionato a proposito della figura dell’infermiere di famiglie e di comunità.

Terzo settore senza scopo di lucro», cosicché si auspica che la sperimentazione sulle strutture di prossimità, come anche l'avvio dei progetti di Case di comunità, possa costituire il terreno sul quale avviare una prima, estesa e coordinata attività di co-programmazione e di co-progettazione tra le amministrazioni pubbliche coinvolte e gli enti del Terzo settore, seguendo le indicazioni contenute nelle Linee-guida⁶⁵.

Merita infine attenzione la riforma del Ministro della salute Renato Balduzzi intervenuta nel 2012⁶⁶, lungo una linea evolutiva che si riallaccia all'intervento legislativo rappresentato dalla precedente riforma Bindi⁶⁷. Con tali norme, le forme organizzative della medicina generale, così come definite dall'accordo collettivo nazionale della medicina generale del maggio 2009, acquisivano rango legislativo, divenendo così un modello di riferimento per le regioni⁶⁸. Le regioni avrebbero dovuto disciplinare le forme organizzative mono-professionali di medici di medicina generale (MMG), denominate aggregazioni funzionali territoriali (AFT), e le unità complesse di cure primarie (UCCP), in modo da costituire «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»⁶⁹. La riforma richiedeva il rinnovo degli accordi collettivi nazionali concernenti i medici di medicina generale (MMG), i pediatri di libera scelta (PLS) e gli specialisti ambulatoriali e, naturalmente, l'implementazione dei principi della riforma da parte delle regioni. A tal fine, nella consapevolezza delle inerzie passate, l'art. 1, comma 6, d.l. 158/2012 prevedeva anche il meccanismo per cui, ove entro sei mesi non si fosse proceduto all'adeguamento degli accordi collettivi nazionali, il Ministro della salute avrebbe emanato «disposizioni per l'attuazione in via transitoria dei principi».

Purtroppo, a dieci anni di distanza, non si sono avuti né il rinnovo degli accordi⁷⁰, né l'attuazione dei principi della riforma da parte regionale⁷¹, con tutto ciò che ne è conseguì-

⁶⁵ Così E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR*, cit., p. 18. Il riferimento è alle *Linee guida del Ministero del lavoro emanate in attuazione della previsione di cui all'art. 55 del Codice del Terzo Settore* (d. lgs. n. 117 del 2017) in data 30 marzo 2021. Vengono altresì in rilievo le *Linee di indirizzo per la realizzazione dei progetti regionali sulla sperimentazione di strutture di prossimità* predisposte dal Ministero della salute, su cui si è raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Stato Regioni il 4 agosto 2021 (rep. atti n. 134/CSR 4 agosto 2021), in base alla quale l'attività di sperimentazione si dovrà concludere entro il 31 dicembre 2022, salvo proroghe.

⁶⁶ In concreto mediante il d.l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012, il d.l. n. 95/2012, convertito nella l. 135/2012.

⁶⁷ Così E. JORIO, D. SERVETTI, *La difficile riforma dell'assistenza primaria*, cit., p. 274; D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le riforme della Riforma*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, p. 595.

⁶⁸ *Ivi*, p. 16-17.

⁶⁹ AA.VV., *La nuova sanità territoriale*, a cura di C. BOTTARI E P. DE ANGELIS, con prefazione di R. Balduzzi, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; E. JORIO, D. SERVETTI, *La difficile riforma dell'assistenza primaria*, cit., pp. 274 ss.

⁷⁰ L'accordo del 2018 non ha lambito le norme concernenti le forme organizzative dell'assistenza primaria né ha dato seguito all'istituzione del ruolo unico, che implica il superamento della distinzione tra medico di medicina generale e medico di continuità assistenziale per rendere effettivamente possibile quest'ultima.

⁷¹ Sul punto 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. Interessante è quanto afferma E. JORIO, *La riforma*

to in termini di effettività delle cure primarie in molte parti del territorio nazionale e di sovraccarico degli ospedali, con le conseguenze che la pandemia ha purtroppo mostrato. In ogni caso a prescindere dalla pandemia, che ha mostrato una dedizione senza precedenti del personale medico e sanitario, anche a costo della vita, era ed è tuttora esperienza comune quella del medico ancora «solista», disponibile per le visite solo alcune ore e alcuni giorni settimanali, con finestre temporali incompatibili con gli orari di lavoro della stragrande maggioranza dei pazienti e talvolta scarsa dimestichezza con gli strumenti digitali. Altrettanto può dirsi di talune case della salute, dove spesso si riceve, anziché l'«orientamento positivo verso la pratica della prevenzione primaria» e la presa in carico di problemi di salute che non necessiterebbero di ricovero ospedaliero, l'invito a recarsi al pronto soccorso ospedaliero o a rivolgersi al proprio medico non appena riceverà⁷².

Nell'insieme, questa sintesi pone in evidenza come il problema sia rappresentato non già da una discordanza di vedute sull'opportunità o meno di rafforzare le cure primarie e la medicina del territorio, ma dalla mancata implementazione delle riforme da parte di tutti i livelli di governo.

Parafrasando autorevole dottrina, si potrebbe affermare che il nodo sembra essere costituito non tanto dalla carenza di leggi, bensì dalla carenza della loro attuazione e quindi della volontà e dalla stessa capacità politica di adottare appropriati atti amministrativi⁷³. Un tema rilevante nella prospettiva dei diritti costituzionalmente garantiti, secondo cui, come posto in luce da autorevole dottrina, non va trascurata l'importanza del momento organizzativo rispetto a quello puramente normativo⁷⁴.

Prima però di dirigere l'attenzione verso gli strumenti per la realizzazione del PNRR, sembra indispensabile ancora un *focus* sui contenuti.

“mancata” dell'assistenza primaria, in *Quotidianosanità.it*, 18 ottobre 2018, il quale, nel considerare il gran numero di case della salute realizzate in Emilia-Romagna, critica tuttavia la scelta di strutturare le AFT all'interno delle stesse, in quanto «non confacente con il buon senso e lo spirito legislativo di revisione dell'assistenza primaria», dal momento che verrebbe così «sottratto alle AFT il suo requisito della funzionalità garante (...) della diffusione capillare e continuativa dell'assistenza sul territorio, vera alternativa all'ospedalizzazione».

⁷² Le rapide pennellate critiche attengono al tema della valutazione delle case della comunità e della loro reale corrispondenza agli obiettivi che si prefiggono. Per quanto invece attiene ad una loro ricognizione si veda il Dossier del Servizio studi della Camera dei deputati, *Case della salute ed Ospedali di comunità: i presidi delle cure intermedie. Mappatura sul territorio e normativa nazionale e regionale*, 1° marzo 2021. Secondo E. JORIO, *La riforma “mancata” dell'assistenza primaria*, in *Quotidianosanità*, 22 ottobre 2018, p. 1, è criticabile, fra l'altro, la scelta delle regioni di ricorrere ad una pluralità di denominazioni per indicare le istituzioni territoriali dell'assistenza sanitaria primaria previste dalla riforma c.d. Balduzzi, con la conseguente assenza di un unico vocabolario identificativo.

⁷³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, I, p. 542.

⁷⁴ G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p. 75.

5. L'importanza della “transizione formativa”

Come si è visto, la prima delle due componenti in cui si articola la “missione salute” consiste nelle *Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale* e la somma maggiore di investimenti (4 miliardi) è destinata al progetto volto a «rendere la casa primo luogo di cura», con l'obiettivo di «prendere in carico», entro il 2026, il 10% della popolazione over 65, anche attraverso la telemedicina. Al riguardo sono molteplici le questioni sul piatto. Fra queste possono menzionarsi, oltre alle incognite concernenti il finanziamento nel lungo periodo, cui si è già accennato, il problema che attiene al rapporto fra i MMG, i PLS e lo stesso servizio sanitario nazionale, fra convenzione (la situazione odierna, in cui i medici restano liberi professionisti) ed ipotesi di dipendenza dal SSN⁷⁵; il problema della carenza di MMG nel lungo periodo; il problema del sistema di scelta dei direttori generali delle ASL, che continuano ad essere nominati dal Presidente della regione, secondo una scelta discrezionale⁷⁶ e la sfida della collaborazione che dovrebbe instaurarsi fra medici, infermieri, farmacisti, psicologi e assistenti sociali, ai sensi della “missione salute”. Essenziale, a quest'ultimo riguardo, è la nuova relazione fra tali professionisti e il paziente, che è l'obiettivo finale della riforma, secondo cui è la persona specifica a divenire centrale, con la sua peculiarità, il suo contesto e persino la sua casa.

Sul punto sembra utile soffermarsi, al fine di sottolineare l'importanza del tema della formazione dei professionisti coinvolti, e in particolare dei medici di medicina generale.

Al riguardo non ci si riferisce solo alla necessità di formare all'uso degli strumenti digitali, e di orientare i professionisti all'interno delle nuove strutture (case della salute e ospedali di comunità), ma anche e soprattutto di formare ad un approccio di cura diverso, modulato sul paziente e sulla sua famiglia, sui suoi *caregivers*. Il tutto in una prospettiva nuova, in cui l'equipe sociosanitaria considera come significativi, per la cura della persona, fattori che attengono alla prevenzione, allo stile di vita, all'alimentazione, all'igiene, alle eventuali

⁷⁵ Cfr., fra i tanti interventi, L. GARATTINI, A. NOBILI, *Per una medicina generale veramente al passo coi tempi*, in *Quotidiano sanità*, 21 settembre 2021. A livello regionale merita interesse il Piano socio-sanitario della regione Veneto 2019/2023, che prevede che possano svolgere la funzione di medici di famiglia non solo i MMG in convenzione con il SSN, ma anche i medici dipendenti del SSN e soggetti privati accreditati, in modo da sopperire alle carenze di personale e di promuovere anche una sorta di concorrenza volta a migliorare la qualità dell'assistenza medica, sotto il controllo del distretto socio-sanitario. Al momento in cui si scrive la bozza ministeriale di ACN della medicina generale ha incontrato obiezioni da parte delle regioni. Circola inoltre una bozza di decreto ministeriale (denominato “DM 71”) che definisce come dovranno essere organizzate le cure sul territorio e che attribuisce all'Agenas la vigilanza sulla sua applicazione.

⁷⁶ Lo ricorda, da ultimo, C. BOTTARI, *La persona e i diritti fondamentali nel sistema ospedaliero*, in *Osservatorio AIC*, 2022, n. 2, 5 aprile 2022, p. 82, che richiama i tentativi posti in essere dalle riforme Balduzzi (d.l. n. 158/2012) e Madia (d.lgs. n. 171 del 2016 e d.lgs. correttivo n. 126 del 2017, di attuazione della delega contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. p), della legge 7 agosto 2015, n. 124), volti alla ricerca di un punto di equilibrio tra criteri fiduciari, e imparzialità e merito, al fine di superare la politicizzazione delle nomine apicali e sub-apicali. Sulla questione, M.P. MONACO, *La dirigenza sanitaria: il correttivo rende effettiva la riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 6, pp. 699 ss.; A. PIOGGIA, *Le nomine dei vertici della sanità*, ivi, 2016, n. 6, pp. 733 ss.; M.S. BONOMI, *La dirigenza sanitaria*, in *Federalismi-Osservatorio sanitario*, 30 luglio 2014. Quanto alla competenza legislativa, cfr. Corte cost., sent. n. 27/2014; n. 224 e 34/2010; n. 295/09; n. 104 e 105/2007; 422/06.

difficoltà economiche e ai disagi sociali. Una vera e propria rivoluzione copernicana. Una *transizione*, insomma, se si vuole adottare un linguaggio analogo a quello previsto dal PNRR per il versante digitale ed ecologico.

Occorre infatti passare da un modello ancora prevalente, in cui il MMG si limita a rispondere, di volta in volta, su impulso dello stesso paziente, alle singole richieste (di ricette, prescrizioni, accertamenti, etc.), spesso e volentieri in assenza di un'approfondita conoscenza e valutazione del quadro di insieme in cui si trova la persona, ad un modello del tutto diverso, in cui diversi professionisti, *in primis* il medico di famiglia, considerato il quadro clinico, familiare e sociale, siano in grado di offrire risposte appropriate, realizzando cure primarie di tipo proattivo e *comprehensive*, concretizzando la c.d. sanità "di iniziativa"⁷⁷. Si tratta, del resto, di un modello postulato dalla stessa definizione di salute quale «uno di completo benessere fisico, mentale e sociale, che non consiste solamente nell'assenza di malattia o di infermità» e, soprattutto, di un modello rispondente alla tutela della dignità della persona, che esige un rapporto fiduciario reale fra il medico e il paziente⁷⁸.

Se questo è l'obiettivo, ridurre tutta la riforma a cantieri volti alla costruzione o all'ammmodernamento di strutture fisiche – case della comunità e ospedali di comunità – rischia di tradire gli obiettivi sostanziali della "missione salute". Certamente i luoghi, gli spazi e le strutture fisiche sono importanti, così come lo è aumentare le unità del personale infermieristico⁷⁹, del quale l'Italia è carente. Ma ancor più rilevante è investire nella formazione di coloro che dovrebbero operare sia in queste strutture, sia nelle case dei pazienti⁸⁰.

È stato importante, in particolare, sotto la spinta dell'emergenza sanitaria, istituire la figura degli infermieri di famiglia e di comunità e assegnarli anche alle USCA insieme ai medici ed altri professionisti, ma è fondamentale delinearne competenze e formazione "a regime". Al riguardo il documento della Conferenza delle regioni del 10 settembre 2020 ha delineato alcune Linee di indirizzo⁸¹. In queste, da un lato si riconosce la necessità di consi-

⁷⁷ Con questo linguaggio ci si riferisce ad un modello che si distingue dalla "sanità di attesa" (quella che aspetta che il cittadino arrivi in ospedale), e si propone di andargli incontro con la prevenzione e l'educazione.

⁷⁸ Sul punto, da ultimo, C. BOTTARI, *La persona e i diritti fondamentali nel sistema ospedaliero*, cit., p. 83. Risalendo, invece, ai lavori nella Costituente, è interessante che il sopra menzionato emendamento Caronia prevedesse tale formulazione: «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, la quale inoltre garantisce il rapporto di fiducia fra medico e ammalato» (Assemblea cost., 24 aprile 1947, p. 3296).

⁷⁹ Si tratta di 2363 unità a valere sui fondi stanziati dal D.L. n. 34/2020 convertito nella L. 17 luglio 2020, n. 77, art. 1 c. 5 (94.500.000 euro), destinate alle Case della salute, ciascuna delle quali avrebbe 2 infermieri in più.

⁸⁰ Lo stesso *European Observatory on Health Systems and Policies* ha segnalato, come si è visto, la necessità di aggiornare il piano formativo degli infermieri; e ciò vale tanto più ora, che sono chiamati a dirigere, ai sensi del PNRR, gli Ospedali di comunità.

⁸¹ <http://www.regioni.it/newsletter/n-3909/del-17-09-2020/infermiere-di-famiglia-e-di-comunita-linee-di-indirizzo-21653/>
La Commissione Salute della Conferenza delle Regioni ha incaricato inoltre un sottogruppo tecnico, costituito da rappresentanti del *Tavolo Area assistenza territoriale e del Tavolo Risorse Umane, formazione e fabbisogni di personale*, a effettuare approfondimenti in merito all'introduzione dell'IF/C, a partire dal documento *Position statement su Infermiere di Famiglia e Comunità* della FNOPI, in cui la descrizione delle competenze dell'IF/C risulta completa e in linea con gli orientamenti Europei per quanto riguarda i due ambiti di competenza (famiglia e comunità) ritenuti strategici per la promozione della salute e gestione della cronicità/fragilità sul territorio.

derare rilevante prevedere un percorso di formazione specifica con l'acquisizione di titoli accademici (si cita l'ipotesi di master in Infermieristica di famiglia e Comunità); dall'altro, in considerazione dell'emergenza pandemica, si ritiene fondamentale avviare tempestivamente l'organizzazione dell'assistenza territoriale come indicato dalla L. 77/2020 e si ritiene quindi necessario individuare infermieri per i quali sia possibile valorizzare l'esperienza acquisita, la motivazione e l'interesse all'ambito territoriale dell'assistenza⁸².

Sempre in tema di formazione, sembra importante richiamare l'attenzione su alcuni ulteriori aspetti, fra i tanti che meriterebbero attenzione.

6. L'importanza della specializzazione universitaria, l'esperienza della medicina palliativa nelle cure domiciliari e la telemedicina

In primo luogo, in una visione di medio-lungo periodo, è cruciale la questione della specializzazione di livello universitario dei MMG, posto che al momento in Italia, a differenza che in molti altri Paesi europei, la formazione consiste in corsi triennali organizzati dalle regioni, al di fuori delle università e, pertanto, del mondo della ricerca scientifica. Si tratta di un'esigenza improrogabile, tanto più che, ai sensi del PNRR, l'approccio medico, nell'ambito delle cure primarie, dovrebbe, come si è visto, conformarsi all'approccio c.d. *One Health*. Si è già visto, inoltre, come un'alta percentuale di decessi registrati, nel nostro Paese, sia attribuito a fattori di rischio comportamentali, come il tabagismo, la cattiva alimentazione, l'obesità, il consumo di alcolici, la scarsa attività fisica e l'inquinamento atmosferico. Fondamentale, pertanto, risulta il ruolo del medico di famiglia e dello sviluppo della ricerca scientifica nell'ambito delle cure primarie.

Vi è poi un altro aspetto da considerare, e lo si comprende portando ad esempio i dati in precedenza menzionati, quello per cui l'Italia è il Paese europeo con la più alta mortalità per resistenza a trattamenti antibiotici, a motivo dell'abuso di questi farmaci. Anche a questo riguardo, infatti, non pare irrilevante la questione della formazione dei MMG, in relazione alla loro indipendenza. Non sembra che sia del tutto da sottovalutare l'influenza degli operatori scientifici del farmaco sulle prescrizioni mediche, nonché i possibili con-

⁸² A titolo di esempio si afferma che «deve avere un'esperienza (almeno due anni) in ambito Distrettuale/territoriale, domiciliare o con esperienza di percorsi clinico-assistenziali (PDTA), di integrazione ospedale-territorio, di presa in carico di soggetti fragili. Altresì si ritiene necessario avviare iniziative di formazione aziendale, sulla base di indicazioni regionali, che permettano di formare, in tempi brevi, anche con modalità blended e formazione sul campo, infermieri per questa nuova forma di attività assistenziale territoriale. Tale formazione potrà essere riconosciuta e considerata anche ai fini dell'eventuale accesso successivo a percorsi accademici».

flitti di interesse in questo campo, per cui occorrerebbe evitare, in generale, che la formazione e l'aggiornamento siano veicolati dall'industria farmaceutica⁸³.

Ad ogni modo è fra gli stessi MMG, specie fra i più giovani, che si va facendo strada la volontà di migliorare il livello della formazione e di istituire, in particolare, una scuola di specializzazione in medicina generale, di comunità e cure primarie, della durata di quattro anni, con la previsione di uno specifico SSD⁸⁴.

In secondo luogo, con specifico riguardo alla formazione nell'ambito dell'assistenza domiciliare, che è una componente fondamentale dei servizi sociosanitari territoriali⁸⁵, occorrerebbe fare tesoro dell'esperienza pluriennale di medici, infermieri e altri professionisti nell'ambito delle cure palliative e nella terapia del dolore⁸⁶. Per quanto tale assistenza ancora attenda di essere garantita per tutto il territorio nazionale⁸⁷, è innegabile, al contempo, l'importanza dell'esperienza italiana, laddove i dati mostrano la stretta correlazione fra le cure palliative domiciliari, la qualità della vita dei pazienti e la riduzione dei costi⁸⁸. La ricerca e la pratica clinica indicano inoltre l'utilità dell'approccio palliativo in ogni traiettoria di malattia, specialmente nelle patologie croniche e in quelle che comportano deficit cognitivi⁸⁹; mentre il *core curriculum* in cure palliative si considera appropriato per

⁸³ Solo a titolo di es., cfr. L. GARATTINI, A. PADULA, PM MANNUCCI, *Conflicts of interest in medicine: a never-ending story*, in *Intern Emerg Med* 2020, n. 15, pp. 357–359 <https://doi.org/10.1007/s11739-020-02293-4>; A. FABBRI, G. GREGORACI, D. TEDESCO et al, *Conflict of interest between professional medical societies and industry: a cross-sectional study of Italian medical societies' websites*, in *BMJ Open*, 6, 2016, 6; K.E. AUSTAD, J. AVORN, J.M. FRANKLIN, M.K. KOWAL, E.G. CAMPBELL, A.S. KESSELHEIM, *Changing interactions between physician trainees and the pharmaceutical industry: a national survey*, in *J Gen Intern Med*, 28, 2013, 8, pp. 1064-1071.

⁸⁴ Cfr. la proposta della SIMG, dell'Associazione Italiana Giovani Medici e del Movimento Giotto sui relativi siti istituzionali; si suggerisce un percorso formativo specialistico integrato università-territorio e attività clinico-assistenziale sottoposte a tutoraggio all'interno delle equipe territoriali multi-professionali (in maniera del tutto simile al resto degli specializzandi delle discipline mediche). Cfr. anche il documento *Specializzandi. "Urgente ripensare alla formazione per la medicina del territorio. Serve una riforma"*, in *Quotidiano sanità*, 29 luglio 2021. Occorre precisare che un corso di specializzazione in Medicina delle Comunità e Cure Primarie (secondo il DM 4 febbraio 2015, n. 68) è al momento attivo in cinque sedi universitarie (Padova, Modena, Bologna, Bari e Napoli), ma a tali specialisti è poi preclusa - inverosimilmente - la possibilità di esercitare come MMG.

⁸⁵ Il DPCM 12 gennaio 2017, che rafforza il concetto di domiciliarità per tutti i livelli di complessità assistenziale, ha introdotto per la prima volta nei LEA i "percorsi assistenziali integrati" (art. 21). Sul tema, M.A. SANDULLI (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, atti del webinar del 18 ottobre 2020, Napoli, 2021.

⁸⁶ Interessante è anche la recente esperienza delle USCA (Unità Speciali di Continuità Assistenziale), previste dall'art. 8 del D.L. 9 marzo 2020, n. 14, per la gestione domiciliare dei pazienti affetti da COVID-19 che non necessitano di ricovero ospedaliero, costituite non solo da medici, ma anche da psicologi e assistenti sociali, per favorire la valutazione multidisciplinare dei pazienti.

⁸⁷ Come emerge da Ministero della Salute, *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"*. Anni 2015-2017 e, anche, dal documento conclusivo dell'indagine conoscitiva della XII Commissione Affari Sociali, approvato all'unanimità mercoledì 10 aprile 2019.

⁸⁸ G. SCACCABAROZZI, F. LIMONTA, E. AMODIO, *Hospital, local palliative care network and public health: how do they involve terminally ill patients?*, in *European Journal of Public Health*, 27, 2017, 1, pp. 25-30. doi: 10.1093/eurpub/ckw152.

⁸⁹ F.J. MEYERS, J. LINDER, *Simultaneous Care: Disease Treatment and Palliative Care Throughout Illness*, in *Journal of Clinical Oncology*, apr. 2003; GOMEZ BATISTE X, MARTINEZ MUNOZ et, al., *Identifying patients with chronic conditions in need of palliative care in the general population: development of the NECPAL tool and preliminary prevalence rates in*

la formazione di tutti gli specialisti che si relazionano con pazienti sofferenti, a prescindere dalla branca medica di formazione primaria⁹⁰.

Le cure palliative, soprattutto, sono organizzate (ai sensi della legge n. 38/2010 che ne ha sancito il relativo diritto, inserendole nei LEA⁹¹) secondo un modello “a rete di prossimità” in cui il luogo preferenziale di cura è il domicilio del paziente⁹². Si propongono inoltre l’obiettivo di prendere in carico il paziente e la sua famiglia allo scopo di trattare efficacemente la sofferenza in tutti i suoi aspetti, rendendo le persone parte attiva e consapevole del suo percorso di cura. Trova poi attenzione, da parte dei professionisti, non solo il dolore fisico, ma anche quello psicologico, spirituale e sociale, secondo le indicazioni dell’OMS⁹³, adottate sulla scorta dell’esperienza dell’*hospice movement*⁹⁴. Sotto questo profilo, nell’esperienza della medicina palliativa già si realizza, in molti casi anche secondo modelli di *best practices*⁹⁵, quella integrazione fra assistenza sanitaria e sociale richiesta dalla “missione salute” così come da quella “inclusione e coesione”.

L’approccio palliativo presenta poi altre caratteristiche essenziali per l’assistenza primaria sul territorio, come la capacità di lavorare in gruppo e di sapersi coordinare con altri specialisti⁹⁶ e, soprattutto, l’umanizzazione e la personalizzazione delle cure, modulate sui bisogni del paziente e del suo specifico contesto familiare e sociale⁹⁷. Sarebbe quindi opportuno trovare modalità che permettano ai MMG, ai PLS e a tutti i professionisti che si apprestano a realizzare la “missione salute” di avere una formazione che permetta loro di conoscere e approfondire da vicino le reti di cure palliative, svolgendo concretamente

Catalonia, in *BMJ Support Palliat Care*, 2013; C. ZIMMERMANN, N. SWAMI, M. KRYZANOWSKA et al., *Early palliative care for patients with advanced cancer: a cluster-randomised controlled trial*, in *Lancet*, 2014, pp. 1721-1730.

⁹⁰ Cfr. ad es. T.E. QUILL, A.P. ABERNETHY, *Generalist plus Specialist Palliative Care - Creating a More Sustainable Model*, in *The New England Journal of Medicine*, 368, 2013, 13; AIOM, *Position paper of the Italian Association of Medical Oncology on early palliative care in oncology practice (Simultaneous Care)*, in *Tumori Journal*, 103, 2017, 1, pp. 9-14.

⁹¹ Per la prima volta con il d.P.C.m. 29 novembre 2001, “Definizione dei livelli essenziali di assistenza”; da ultimo con il d.P.C.m. 12 gennaio 2017, “Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502”.

⁹² Indicativo, al riguardo, il seminario organizzato dal Ministero della salute, *La casa come primo luogo di cura del cittadino. L’accreditamento delle cure domiciliari e delle Reti di cure palliative*, 14 dicembre 2021, Auditorium Piccinno, Roma.

⁹³ WHO Definition of Palliative Care (www.who.int/cancer/palliative/definition/en). Inoltre, WHO, 20 December 2013, *Strengthening of Palliative Care as a Component of Integrated treatment Throughout the Life Course*, Report by the Secretariat. Cfr. ancora il *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life* della *Worldwide Palliative Care Alliance* (WPCA), 2014, 7.

⁹⁴ M. RANKIN (a cura di), *Cicely Saunders: The Founder of the Modern Hospice Movement*, 3a ed., London, 2007.

⁹⁵ L’Italia al riguardo si situa fra i migliori Paesi per la qualità delle cure offerte. Cfr. D. Clark e altri, *Mapping Levels of Palliative Care Development in 198 Countries: The Situation in 2017*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, Vol. 59, No. 4, April 2020.

⁹⁶ Su cui cfr. O. THORSEN, M. HARTVEIT, A. BAERHEIM, *General practitioners’ reflections on referring: an asymmetric or non-dialogical process?*, in *Scand J Prim Health Care*, 2012, n. 30, pp. 241-246.

⁹⁷ A. CARACENI, M. MALTONI, *Medicina palliativa*, in AA.VV., *Libro italiano di medicina e cure palliative*, Milano, Poletto, 2019; A. TURRIZIANI, G. ZANINETTA, *Il mondo delle cure palliative. Manuale per giovani medici*, Bologna, Esculapio, 2018.

alcune ore di lavoro e/o di tirocinio in *hospice* e soprattutto in ambito domiciliare⁹⁸. Ciò potrebbe contribuire ad evitare le conseguenze che spesso derivano dalla mancanza di formazione dei medici che si relazionano con pazienti *over 65* con pluripatologie e/o non autosufficienza assistiti a domicilio, e che consistono in forme di accanimento diagnostico e terapeutico, in continui ricoveri ospedalieri, in un impatto negativo sulla qualità della vita dei pazienti e sulla spesa sanitaria.

Tale tipo di formazione sarebbe poi utile a realizzare non solo la “missione salute”, ma anche l’obiettivo, ancora inattuato, di cui all’art. 4 della stessa l. n. 38/2010, che prevede di diffondere «nell’opinione pubblica la consapevolezza della rilevanza delle cure palliative, anche delle cure palliative pediatriche, e della terapia del dolore, al fine di promuovere la cultura della lotta contro il dolore e il superamento del pregiudizio relativo all’utilizzazione dei farmaci per il trattamento del dolore, illustrandone il fondamentale contributo alla tutela della dignità della persona umana e al supporto per i malati e per i loro familiari». Non sono pochi, infatti, gli stessi MMG che non conoscono le cure palliative e la terapia del dolore e che ancora sono restii a prescrivere i farmaci appropriati per quest’ultima.

Fra l’altro, sempre nell’ambito delle cure palliative, non mancano interessanti esperienze di telemedicina, che mostrano come tale strumento sia funzionale anche ad un altro obiettivo: quello della riduzione degli attuali divari geografici e territoriali⁹⁹. Secondo il PNRR, il potenziamento della telemedicina è un vero e proprio asse portante per il miglioramento degli standard di cura, per «aggregare le migliori piattaforme regionali, per garantire assi-

⁹⁸ Va segnalato, peraltro, che il D.M. 11 Agosto 2020 ha esteso alla Scuola di Medicina di Comunità e delle Cure Primarie l’equipollenza all’esercizio delle Cure Palliative e Terapia del Dolore, dimostrando con ciò di considerare contigui i due ambiti. Al riguardo va detto, tuttavia, che la formazione richiesta dalla medicina palliativa e dalla terapia del dolore non può essere ridotta a poche ore di lezioni frontali e di tirocinio. Del resto, l’art. 8 della l. n. 38/2010 ha previsto l’istituzione di specifici Master universitari in linea con i migliori standard internazionali e sono ora attivi Master in Cure Palliative e Terapia del Dolore di I e II livello rivolti a medici, infermieri e psicologi; si è inoltre costituita la Conferenza Permanente dei Direttori di Master in Cure Palliative e in Terapia del Dolore, che ha pubblicato alcuni Quaderni di studio. Cfr., in tema di formazione, C. CENTENO *et al.*, *Comparative Analysis of Specialization in Palliative Medicine Processes Within the World Health Organization European Region*, in *J. Pain and Symptom Management*, 2015, pp. 861-870; D. BOLOGNESI *et al.*, *Specialization in Palliative Medicine for Physicians in Europe 2014. A Supplement of the EAPC Atlas on Palliative Care in Europe*, in *EAPC Press*, 2014.

⁹⁹ Cfr. ad es., nel campo delle cure palliative pediatriche, il progetto TELPASS, nell’ambito un accordo di collaborazione tra l’Asp di Potenza e l’Aorn Santobono-Pausilipon, per la creazione di una rete interregionale in grado di favorire lo scambio di conoscenze e modelli organizzativi, con il contributo del Cnr-IC. Grazie al progetto, attivato a gennaio 2019, è possibile configurare servizi specialistici da parte degli operatori dell’Aorn, per rispondere al bisogno assistenziale dei pazienti pediatrici Asp in cura principalmente presso l’Hospice Pediatrico di Lauria (F. CLEMENTE, *Le applicazioni di telemedicina: esperienze nazionali. Progetto Telpass, Monitor*, 2021, n. 45, p. 19).

stenza sanitaria remota, in aggiunta a quella domiciliare»¹⁰⁰. Si tratta quindi di uno strumento importante anche rispetto al grande tema delle disuguaglianze all'interno del SSN¹⁰¹. Centrale, anche e soprattutto in questo ambito, resta l'obiettivo dell'umanizzazione delle cure. Le *Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina*, elaborate dieci anni or sono¹⁰², nella consapevolezza dei vantaggi e dei rischi dello strumento, già specificavano che «la prestazione in Telemedicina non sostituisce la prestazione sanitaria tradizionale nel rapporto personale medico-paziente, ma la integra per potenzialmente migliorare efficacia, efficienza e appropriatezza»¹⁰³. E, con riguardo alla formazione, che si auspicava «specificata di livello universitario», precisavano che «il personale medico, soprattutto quello con cui i pazienti hanno contatti per telefono oppure attraverso lo schermo, dovrà aver ricevuto anche una formazione psicologica, in modo da umanizzare la relazione a distanza e da rimediare alla mancanza di quella presenza fisica sulla quale si era sinora basato il dialogo tra medico e paziente»¹⁰⁴.

In definitiva, accanto all'indubbio beneficio consistente nel poter fornire prestazioni sanitarie anche a distanza nel domicilio del paziente, non può essere trascurato il rischio che il distanziamento sociale proprio della telemedicina possa produrre un senso di abbandono e di incertezza da parte del paziente, e una evanescenza del rapporto medico-paziente, con possibile messa in crisi dell'alleanza terapeutica. Speciale attenzione dovrà quindi essere rivolta all'effettiva acquisizione del consenso informato da parte del paziente che accede a un servizio di telemedicina. E, anche, al fatto che resti effettivamente nell'esclusi-

¹⁰⁰ PNRR, p. 19-33. A questo obiettivo sono destinate risorse da parte di entrambe le componenti della Missione salute: nella M6C1 (Casa come primo luogo di cura e telemedicina) alla telemedicina risulta destinato 1 miliardo, destinato a potenziare i servizi domiciliari e a supportare al meglio i pazienti con malattie croniche; nella M6C2 (Sviluppo delle competenze tecnico-professionali, digitali e manageriali del personale del sistema sanitario) è destinato 0.74 miliardi. Cruciale, in questo ambito, è il potenziamento del Fascicolo Sanitario Elettronico, definito «pietra angolare» per l'erogazione dei servizi sanitari digitali e la valorizzazione dei dati clinici nazionali (PNRR, p. 17). Sul tema N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi*, 17 novembre 2021.

¹⁰¹ G. VICARELLI, M. BRONZINI, (a cura di), *Sanità digitale. Riflessioni teoriche ed esperienze applicative*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 87.

¹⁰² Telemedicina, Linee di indirizzo nazionali, Ministero della Salute, 2012. https://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?id=2129. La telemedicina viene definita dalle Linee di indirizzo come «una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località» (p. 10).

¹⁰³ Telemedicina, *Linee di indirizzo*, cit., p. 23.

¹⁰⁴ Ivi, p. 23. Allo stesso modo le «Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina», frutto dell'accordo raggiunto di sede di Conferenza Stato-regioni il 17 dicembre 2020, richiamano gli indirizzi applicativi allegati all'art. 78 del Codice di deontologia medica, sulle Tecnologie informatiche, ai sensi del quale «il medico non può sostituire la visita medica che si sostanzia nella relazione diretta con il paziente, con una relazione esclusivamente virtuale; può invece utilizzare gli strumenti di telemedicina per le attività di rilevazione o monitoraggio a distanza, dei parametri biologici e di sorveglianza clinica».

va competenza e responsabilità del medico la valutazione concernente le prestazioni che possono svolgersi o meno in telemedicina, in relazione al caso specifico¹⁰⁵.

7. L'inerzia e i rimedi

Fin qui si sono approfonditi alcuni aspetti concernenti i contenuti della “missione salute”. Sembra ora opportuno dirigere l'attenzione verso gli strumenti con cui implementare le riforme previste, sulla scorta dell'esperienza pregressa e dei ritardi accumulati, specie nell'ambito sanitario.

In aggiunta a quanto ricordato in precedenza, circa la mancata implementazione della riforma dell'assistenza primaria lungo i decenni, e limitandosi ad alcuni aspetti, come ai c.d. decreti Covid¹⁰⁶, va ricordato che l'Italia ha stanziato risorse per oltre 8 miliardi, di cui più di 3,5 miliardi affidati alla diretta gestione delle regioni¹⁰⁷. Emerge, tuttavia, che dei 1268 milioni attribuiti alle regioni per il potenziamento dell'assistenza territoriale, oltre il 66% sia stato accantonato¹⁰⁸, cosicché «sembra che l'utilizzo di buona parte delle risorse sia ancora in sospeso e che le misure che erano state previste per rafforzare l'assistenza territoriale potranno con ogni probabilità meglio definirsi anche alla luce degli interventi nel Recovery Plan»¹⁰⁹. Ancora, per ciò che concerne il recupero dei ritardi accumulati nell'attività ospedaliera e ambulatoriale nei mesi più critici della crisi sanitaria, le misure finanziarie a ciò indirizzate¹¹⁰ sono state utilizzate dalle regioni «con variabilità interregionali molto forti, che sembrano trovare nei limiti già esistenti prima della crisi le ragioni più vere e su cui la fase che si apre dovrà certamente incidere»¹¹¹.

Anche per quanto riguarda lo stanziamento disposto dal decreto-legge n. 34/2020¹¹² (vincolato alla validazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera presentati dalle regioni, utilizzabile per interventi su costruzione nuova o già esistente e per l'acquisizione di attrezzature elettromedicali¹¹³ e gestito dal primo Commissario straordinario per l'emergenza

¹⁰⁵ Cfr. Documento di indirizzo dell'Ordine dei medici di Modena, *Telemedicina: tra innovazione tecnologica e responsabilità professionale*, 30/7/2020 e lo stesso accordo sulle “Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina” raggiunto in sede di Conferenza Stato-Regioni il 17/12/2020.

¹⁰⁶ Decreto-legge n. 14/2020, n. 18/2020, n. 34/2020, n. 104/2020.

¹⁰⁷ Corte dei conti, *Rapporto*, cit., p. 245.

¹⁰⁸ Corte dei conti, *Rapporto* cit., p. 293. In particolare, «fatta eccezione per le regioni centrali che sembrano aver accantonato solo il 40 per cento delle somme (...), in media delle regioni del Nord e del Sud Italia la quota rinviata supera il 70 per cento.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 246.

¹¹⁰ Cfr. in particolare il d.l. n. 104/2020.

¹¹¹ Corte dei conti, *Rapporto* cit., p. 297.

¹¹² 1.413,1 milioni destinati ad interventi in conto capitale.

¹¹³ L'obiettivo è aumentare la dotazione strutturale sul territorio nazionale di almeno 3.500 posti letto di terapia intensiva, portando tutte le regioni ad una dotazione di 0,14 posti letto per mille abitanti.

Covid), la relativa attuazione, a fine aprile 2021, secondo il monitoraggio condotto dal Ministero della salute, risulta ancora parziale e molto disuguale da parte delle varie regioni¹¹⁴. Questi rapidi cenni intendono mostrare come i ritardi e le omissioni non dipendano dall'assenza di finanziamenti e neppure dal mancato accordo fra lo Stato e le regioni in ordine alle azioni e alla destinazione dei fondi. Si è, piuttosto, dinanzi ad inerzie che trovano la loro causa in svariati motivi. Fra questi, fondamentalmente, la cattiva amministrazione, l'assenza di controllo da parte del livello centrale di governo, la carenza di personale amministrativo competente e la scarsità – anche dovuta a cattiva distribuzione sul territorio – dello stesso personale medico e infermieristico¹¹⁵, senza il quale l'assistenza sanitaria non può essere assicurata come dovrebbe¹¹⁶.

Quest'ultimo è un aspetto tanto elementare quanto essenziale, che non è sfuggito allo studio realizzato dalla Banca d'Italia intitolato *La sanità in Italia: il difficile equilibrio tra vincoli di bilancio e qualità dei servizi nelle Regioni in Piano di Rientro*¹¹⁷. Vi si osserva che nelle regioni in piano di rientro la riduzione del personale tecnico e infermieristico ha avuto ripercussioni «sia sulla possibilità di erogare servizi qualitativamente e quantitativamente adeguati sia soprattutto sul processo di riorganizzazione della rete sanitaria verso un modello territoriale, caratterizzato da un più intenso utilizzo di queste figure professionali». Le «colpe», pertanto, sono addebitabili sia alle regioni, sia allo Stato¹¹⁸.

In questo quadro alcuni additano come rimedio la centralizzazione del sistema sanitario¹¹⁹ e riforme costituzionali volte ad introdurre meccanismi di preminenza statale¹²⁰. Altri, al contrario, ritengono più appropriato utilizzare in modo consapevole gli strumenti che la Costituzione già fornisce allo Stato centrale per il coordinamento tra i livelli di governo. Si è ricordato, in particolare, che il Parlamento dispone della competenza legislativa esclusiva ex art. 117, co. 2, lett. m), Cost., sui livelli essenziali delle prestazioni che debbono

¹¹⁴ Dati della Corte dei conti, *Rapporto*, cit., p. 310.

¹¹⁵ Cfr. sul punto N. DRAOLI, *Assistenza sanitaria domiciliare e professione infermieristica*, in A.M. SANDULLI, *L'assistenza domiciliare integrata*, cit., p. 103.

¹¹⁶ Secondo l'indagine CREA, *Osservatorio sui tempi di attesa*, cit., 41, a fronte di una media di 11,8 unità di personale del SSN per 1.000 residenti (comprese quelle relative alle strutture private equiparate alle pubbliche) a livello nazionale, si va da 8,6 della Campania a 16,6 della Valle d'Aosta.

¹¹⁷ «Questioni di Economia e Finanza n. 427», a cura di L. AIMONE GIGIO et al., del marzo 2018, p. 40.

¹¹⁸ Si considerino, ad es., le disposizioni sul contenimento della spesa del personale sanitario (blocco del turnover) nelle leggi finanziarie del 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) e del 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191). Sulla carenza di personale impiegato nelle attività di cura, cfr. anche A. PIOGGIA, *Conclusioni*, in A.M. SANDULLI, *L'assistenza domiciliare integrata*, cit., 108.

¹¹⁹ Di questo avviso G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dell'emergenza*, in «La Repubblica» del 18 novembre 2020.

¹²⁰ Il riferimento è, in particolare, alla proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri: «Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale» (A.C. 2422). La proposta ha incontrato critiche e perplessità, in quanto ritenuta un rimedio non appropriato al problema, come posto in luce dai relatori del webinar organizzato il 10 giugno 2021 da ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive* (interventi di L. CALIFANO, E. CATELANI, A. D'ATENA, T.E. FROSINI, S. MANGIAMELLI, C. PINELLI, A. POGGI, G.M. SALERNO, L. VIOLINI). Registrazione disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=0pdjeatv3IE>.

essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nonché quella concorrente sul coordinamento della finanza pubblica¹²¹; che, inoltre, l'art. 120 Cost. consente al Governo il potere sostitutivo nei confronti delle regioni, proprio a tutela dei livelli essenziali¹²². Né vanno dimenticati gli strumenti predisposti dallo stesso legislatore per regolare i rapporti fra centro e periferia, come gli artt. 112 e segg. del d.lgs. n. 112/1998. Cruciali sono poi le norme sui c.d. "piani di rientro"¹²³, che attribuiscono al Governo – e in particolare al Ministero della salute – poteri incisivi nei confronti delle gestioni regionali inefficienti¹²⁴.

La centralizzazione delle competenze, inoltre, non è detto che implichi automaticamente una maggiore efficienza del sistema, posto che è proprio a livello statale che può osservarsi una carenza di impulso, di iniziativa, di monitoraggio, di controllo; in una parola di esercizio di responsabilità politica¹²⁵. Fra l'altro potrebbe essere inopportuno, in un momento di grave crisi internazionale per la guerra in Ucraina e in cui è altresì necessario implementare tempestivamente il PNRR (e forse modificarlo in alcuni aspetti, a motivo della crisi energetica), distogliere tempo ed energie per l'elaborazione di nuove regole costituzionali sui rapporti fra Stato e regioni¹²⁶. Le riforme proposte rischierebbero oltretutto di essere percepite come rivendicative, non favorendo, così, lo spirito di leale collaborazione, richiamato anche in questo ambito dalla Corte costituzionale¹²⁷ ma messo a dura prova dall'emergenza pandemica, come mostra, in particolare, la vicenda alla base della sentenza n. 37/2021¹²⁸.

¹²¹ Così A. D'ATENA, nelle Conclusioni al webinar ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive*, cit. Sul ruolo del Parlamento nella selezione degli interessi nazionali in relazione al tema dell'autonomia regionale e del potere sostitutivo, prima della riforma del titolo V, cfr. R. TOSI, "Principi fondamentali" e leggi statali nelle materie di competenza regionale, Padova, Cedam, 1987, p. 190 ss.

¹²² Così A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi*, Editoriale del 9 settembre 2020.

¹²³ Cfr. l. 311/2004 (legge finanziaria 2005), l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007).

¹²⁴ Cfr. R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 2, p. 340 e pp. 346-349, dove l'Autore rimarca l'importanza di utilizzare, da parte del livello centrale di governo, gli strumenti di coordinamento, impulso, sostituzione (speciale importanza potrebbe ricoprire il Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA presso il Ministero della salute). Cfr. inoltre l'intervento del medesimo Autore al webinar organizzato da AGENAS, *La riforma del titolo V. Effetti sulla sanità*, 26 marzo 2021.

¹²⁵ Sul punto cfr. in particolare l'intervento di C. PINELLI al webinar ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive*, cit. e, soprattutto, ID. *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario* in *Corti supreme e salute* 2018, n. 3, p. 4, dove l'A. stigmatizza «la rinuncia a deliberare del legislatore nazionale».

¹²⁶ Cfr. sul punto E. CATELANI, *Coesione sociale e politiche per la salute alla luce dell'attuazione nazionale del Recovery Fund*, in *Passaggi costituzionali*, 12 febbraio 2022, p. 214 ss. che considera non funzionale né produttiva di effetti positivi il trasferimento allo Stato delle competenze in materia di salute e di organizzazione sanitaria, sebbene auspichi maggiori controlli statali, linee guida più rigide, coordinamento nazionale.

¹²⁷ Cfr. ad es. Corte cost., sentt. n. 197/2019 e n. 62/2020, su cui A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 9 ss.; C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, n. 2, 9 giugno 2020.

¹²⁸ Fra i tanti commenti cfr. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di compe-*

Altra cosa è, invece, auspicare che lo Stato eserciti le sue competenze legislative e amministrative; che il Governo assuma il suo ruolo di guida nazionale, in conseguenza della responsabilità politica di cui è investito, e che utilizzi, ove necessario, il potere sostitutivo¹²⁹. Allo stesso modo è fondamentale ottenere l'effettiva velocizzazione dei procedimenti, nonché la loro conclusione in tempi certi, tenuto conto della storica lentezza e di quella che è stata definita la «disperata situazione» che caratterizza i procedimenti amministrativi italiani¹³⁰. Nella consapevolezza di ciò sembrano muoversi alcune recenti misure. Il riferimento è alle modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dai decreti-legge n. 76 e n. 77 del 2020, concernenti, non a caso, la rapidità nella conclusione dei procedimenti e l'implementazione della digitalizzazione e delle autocertificazioni e i poteri sostitutivi¹³¹. In particolare il d.l. n. 77/2021, convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108, ha disegnato una *nuova metodologia di governo*, sia con riguardo ai rapporti fra i diversi livelli di governo, sia con riguardo all'attività amministrativa, intervenendo a sua volta sulla legge 241/1990 in tema di potere sostitutivo, silenzio assenso e annullamento d'ufficio e puntando, ancora una volta, alla semplificazione¹³².

8. Il ritorno dell'interesse nazionale, l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo e l'autonomia

Nella prospettiva costituzionale merita attenzione, in particolare, il titolo I della parte prima del d.l. n. 77/2021 convertito nella l. n. 108/2021, sulla “governance per il PNRR”, denominato *Sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo del PNRR*. L'art. 1, nel definire «il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio

tenze. *La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quad. cost.*, 2021, n. 3, p. 102; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4.

¹²⁹ Così ancora A. D'ATENA, nelle Conclusioni al webinar ISSIRFA-CNR, *Emergenza*, cit., che sottolinea come la soluzione all'inefficienza è il buon governo e non la fuga verso l'astrazione rappresentata dalle proposte di riforme costituzionali.

¹³⁰ Cfr. ad es., già M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in AA. VV., *Il motore immobile. Crisi e riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1980, p. 49, per il quale «una legge generale sul procedimento amministrativo sarebbe utilissima, ma la situazione di fronte alla quale ci troviamo non è disperata per il fatto che essa manchi; è disperata bensì perché l'amministrazione non vien riformata nelle strutture. Ciò significa veramente inoperatività, spesa irragionevole di denaro pubblico, duplicazione di competenze, omissione di provvidenze in materie che pure interessano tutta la collettività».

¹³¹ I menzionati D.L. e le relative leggi di conversione hanno infatti modificato l'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, introducendo i commi 4 bis, 8 bis. È stato altresì modificato l'art. 3 bis, l'art. 5, l'art. 8, l'art. 10 bis, l'art. 16, l'art. 17 bis, l'art. 18, l'art. 21 *octies* e *decies*, art. 29.

¹³² Le novità all'art. 2 sono nei commi 9 bis e 9 ter, all'art. 20 (aggiunto il comma 2 *bis*), all'art. 21 *nonies*.

del 12 febbraio 2021»¹³³, afferma che «ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1»¹³⁴.

Sempre ai sensi dell'art. 1, comma 3, è in base ad un doppio titolo che trova fondamento la disciplina sulla governance: «Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *a*), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»¹³⁵.

Spicca, naturalmente, il riferimento all'«interesse nazionale», una nozione cancellata, com'è noto, dal testo costituzionale con la riforma del titolo V, definita «priva di valore deontico» dalla Corte costituzionale¹³⁶, non più invocabile¹³⁷, e compensata dal meccanismo dell'attribuzione in sussidiarietà¹³⁸ per salvaguardare le «esigenze di carattere unitario»¹³⁹.

¹³³ Nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018.

¹³⁴ Sul PNRR, le relative procedure e contenuti e sulle ricadute sulla forma di governo, A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *Federalismi*, 2021, n. 18, 28 luglio 2021.*

¹³⁵ Sulla governance del PNRR nella prospettiva regionale M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 4, 26 ottobre 2021, p. 180.

¹³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 380/2002, n. 303 e 370/2003 e n. 285/2005, per cui la sola allegazione dell'interesse nazionale non è più sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost.: «Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale» (punto 2.2. sent. n. 303/2003).

¹³⁷ Non più invocabile, più precisamente, per adottare norme legislative o atti di indirizzo e coordinamento che incidono sulle competenze legislative ed amministrative delle Regioni, come sostenuto da G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Reg.*, 2001, n. 6, pp. 1247 ss.; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, p. 141; A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in *Forum Quad. cost.*, 2001; M. LUCIANI, *Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in sito AIC, 2002; C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento nazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, p. 199.

¹³⁸ Cfr. A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale*, 8 ottobre 2003; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, ivi, 29 ottobre 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, nn. 2-3, pp. 381 ss.; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Federalismi*, 2006, p. 14; A. ANZON, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Reg.*, 2008, nn. 4-5, pp. 786 ss.; G. FALCON, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, ivi, p. 771.

¹³⁹ Le medesime istanze unitarie, peraltro, sono sottese anche alla prassi di ricorrere massicciamente agli strumenti propri della legge sulla protezione civile, che consentono al governo di riportare al livello di governo statale, tramite la gestione commissariale e l'annesso potere di ordinanza anche in deroga alla legge, ogni ambito amministrativo, allorché si

Anche allora, peraltro, ossia con riguardo alla vicenda che condusse alla sent. n. 303/2003, veniva in rilievo l'esigenza di realizzare opere strategiche di preminente interesse nazionale con il contributo finanziario europeo (l. n. 443/2001). Ma è interessante notare, fra le tante, una diversità significativa. Il legislatore odierno, infatti, afferma di intervenire per disciplinare la governance del PNRR non già in ragione di una competenza concorrente, che può eventualmente richiedere un'attrazione in sussidiarietà, ma in ragione di una competenza legislativa esclusiva dello Stato esercitata in base ad un doppio titolo: i rapporti dello Stato con l'Unione europea¹⁴⁰ e la lett. m) dell'art. 117, comma 2 (i livelli essenziali). Quanto sostenuto dal legislatore è difficilmente contestabile. La realizzazione del PNRR si configura, ai sensi del menzionato Regolamento europeo, come la *condicio sine qua non* per l'erogazione dei finanziamenti, dei quali l'Italia beneficerà in misura maggiore degli altri Stati, a causa dell'impatto maggiore della pandemia sul nostro PIL¹⁴¹. Il PNRR rappresenta un atto generale di programmazione che incide non solo sui rapporti fra lo Stato e l'Unione europea, ma anche sull'unità, sulla tenuta e sullo sviluppo socioeconomico della Nazione. Non a caso molti hanno accostato il PNRR al piano Marshall, a motivo non solo dell'entità del finanziamento, ma anche della vastità del programma e degli obiettivi di sviluppo sottesi¹⁴². Allora come oggi, alle conseguenze dell'evento catastrofico (la Seconda guerra mondiale in un caso, la pandemia, nell'altro) si sommano le precedenti fragilità strutturali, mentre la realizzazione del Piano è non solo condizione del finanziamento, ma anche occasione per uno sviluppo che si auspicava già in precedenza¹⁴³. È innegabile, pertanto, che l'attuazione del PNRR sia di interesse europeo e, insieme, di interesse na-

deliberi uno «stato di emergenza di rilievo nazionale». Sulla funzione di «supplenza» svolta dalla legge sulla protezione civile e dagli strumenti e dai poteri che consente di attivare, G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 53 ss. e 253 ss.

¹⁴⁰ Il menzionato Regolamento europeo, in premessa, richiede «una reazione urgente e coordinata sia a livello di Unione che a livello nazionale, per far fronte alle enormi conseguenze economiche e sociali nonché agli effetti asimmetrici per gli Stati membri» causati dalla pandemia e, soprattutto, prevede l'erogazione dei finanziamenti a condizione che gli Stati membri abbiano «raggiunto i traguardi e gli obiettivi concordati e indicati nel piano per la ripresa e la resilienza» (art. 24).

¹⁴¹ Sull'aspettativa delle istituzioni UE e degli altri Stati membri nei confronti dell'Italia, quanto ai risultati in relazione ai finanziamenti messi in campo, cfr. le considerazioni di E. MOAVERO MILANESI, *Spunti con riguardo al dibattito per riformare le regole dell'unione economica e monetaria europea*, in *Federalismi*, 11/2022, p. X.

¹⁴² Cfr. ad es. J.B. GOSSÉ, A. SCHNEIDER, R. VICQUÉRY, *Lessons from the Marshall Plan for the European Recovery Plan*, in *Banque de France*, 29 ottobre 2021; E. BERNARDI, *Ripresa economica: tutte le analogie tra Piano Marshall e Next Generation EU*, in *Progresso Europa riforme*, 9 luglio 2021; L. D'AMBROSIO, *Recovery e Piano Marshall: differenze e somiglianze*, in *Diritto & Conti*, 15 gennaio 2021; M. BUTI, M. MESSORI, *NextGenerationEU: Una guida ragionata*, Luiss, School of European Political Economy, 2020.

¹⁴³ Di grande interesse, con riguardo al finanziamento americano, al coordinamento europeo e alla strategia economica italiana nel contesto del Dopoguerra è il volume *Lo sviluppo dell'economia italiana nel quadro della ricostruzione e della cooperazione europea*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1952, a cura della Segreteria Generale del Comitato Interministeriale per la Ricostruzione (CIR), con prefazione di A. De Gasperi, spec. p. 48 ss., dove vengono ricostruite le origini e i dettagli dell'European Recovery Program.

zionale, e che rilevino, pertanto, i principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art 5 Cost.¹⁴⁴.

Al contempo l'art. 9 del d.l. n. 77/2021 afferma che, alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR, «provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, sulla base delle specifiche competenze istituzionali, ovvero della diversa titolarità degli interventi definita nel PNRR, attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR».

L'assetto complessivamente disegnato dal legislatore con il d.l. n. 77/2021 appare coerente con l'art. 5 Cost., con l'art. 118 Cost. e con i principi ivi richiamati, incluso quello di sussidiarietà, con cui sono coerenti sia le disposizioni dettate a supporto dei vari livelli di governo¹⁴⁵, sia l'istituzione del tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale di cui all'art. 3, «composto da rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome di Trento e di Bolzano, degli Enti locali e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e delle ricerca e della società civile *nonché delle organizzazioni della cittadinanza attiva*»¹⁴⁶.

Di questa governance per il PNRR si è nondimeno criticata la «forte governance centralistica»¹⁴⁷. In realtà l'assetto complessivo può leggersi, piuttosto, come un modo per

¹⁴⁴ A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in Forum di Quad. cost., 9 aprile 2001; R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in Quad. cost., 1/2002, p. 86. Cfr. inoltre P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, n. 6, pp. 1012 ss.; L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quad. Reg.*, 2002, n. 2, p. 432 ss.; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 207 ss.

¹⁴⁵ Non è privo di rilievo, a questo riguardo, l'art. 9, comma 2, del d.l. n. 77/2021, conv. nella l. n. 108/2021, per il quale, al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, tutte le amministrazioni, sia statali, sia regionali, sia degli enti locali, «possono avvalersi del supporto tecnico-operativo assicurato per il PNRR da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale, dagli enti del sistema camerale e da enti vigilati». Cfr. pure il successivo art. 10, per cui tutte le amministrazioni possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società in house, che «copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati».

¹⁴⁶ Corsivo di chi scrive. Il riferimento alle organizzazioni della cittadinanza attiva è stato inserito in sede di conversione. Al riguardo viene in rilievo la già menzionata sent. n. 131/2020 della Corte costituzionale, che ha posto in rilievo come il principio di sussidiarietà valorizzi l'originaria socialità dell'uomo, superando «l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale», mentre «tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una "autonoma iniziativa dei cittadini" che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese. Si è identificato così un ambito di organizzazione delle "libertà sociali" (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle "forme di solidarietà" che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese "tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"».

¹⁴⁷ Così, ad es., ANCI, *Prima nota sul decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77*, p. 2. Anche in dottrina si è lamentata l'evidente convergenza verso il centro del potere decisionale concernente la definizione e la realizzazione del PNRR, nonché una «progressiva personalizzazione della decisione» (COSÌ M.C. CAVALLARO, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in *Persona e amministrazione*, 2021, n. 9, 1° gennaio 2022, pp. 83-84).

“prendere sul serio” non solo l’art. 5 Cost., nel suo significato d’insieme¹⁴⁸, ma anche l’art. 95 Cost., secondo cui il Presidente del Consiglio «dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile¹⁴⁹. Mantiene l’unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l’attività dei ministri»¹⁵⁰. È, infatti, compito del Presidente del Consiglio «coordinare l’azione di governo con quella delle autonomie, promuovere interventi che siano frutto di una leale collaborazione, far sì che il principio della c.d. sussidiarietà verticale possa operare nel rispetto degli interessi di entrambi i soggetti interessati», anche ai sensi della l. n. 400/1988 e del d.lgs n. 303/1999¹⁵¹.

Non solo. Poiché la realizzazione del PNRR è sia condizione per il finanziamento sia, comunque, oggetto di un impegno assunto dall’Italia dinanzi all’Unione europea, viene in rilievo la responsabilità del governo e, in particolare, del Presidente del Consiglio, per assicurare «la coerenza e la tempestività dell’azione di Governo e della pubblica amministrazione nell’attuazione delle politiche comunitarie»¹⁵² e per attuare gli impegni assunti nell’ambito dell’UE¹⁵³.

In quest’ottica, ossia in funzione dell’unità di indirizzo politico e amministrativo – così come interpretato dalla l. n. 400/1988 e dal d.lgs. n. 303/1999 – nonché in funzione dell’at-

Critico nei confronti dei poteri sostitutivi M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze*, cit., p. 189, per il quale gli stessi artt. 120 e 117, comma quinto, rappresentano «il sintomo sia di un progressivo accentramento dei poteri».

¹⁴⁸ Per C. ESPOSITO, *Autonomie e decentramento nell’art. 5*, in *Saggi*, p. 73, il riconoscimento delle autonomie locali è da considerare il principio positivo, mentre l’unità e l’indivisibilità della Repubblica costituiscono un limite. Per M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 111, sia il principio di autonomia che il principio di unità trovano specificazione e limiti nella Costituzione, ed entrambi sono suscettibili di forme di attuazione che possono cambiare coi tempi.

¹⁴⁹ Cfr. S. CASSESE, *L’accentramento non è esagerato piano straordinario tocca al Premier*, su *La Stampa*, 30 maggio 2021; F. FABBRINI, *La governance del PNRR e il governo dell’Italia*, su *Il Sole 24 ore*, 6 giugno 2021. presso la Presidenza del Consiglio che viene istituita una sede di generale indirizzo, impulso e coordinamento della fase attuativa del Piano, attraverso una “Cabina di regia” (art. 2), attraverso una “Segreteria tecnica” (art. 4) e attraverso una Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell’efficacia della regolazione (art. 5). Sempre presso la Presidenza del Consiglio operano i Comitati interministeriali per la transizione digitale e la transizione ecologica e l’Ufficio per il programma di governo.

¹⁵⁰ Cfr. anche l’art. 5, comma 2, lett. a) ed e) della l. n. 400/1988. Si esprime in senso favorevole ad una centralizzazione e a delle linee guida statali nell’implementazione del PNRR M.A. SANDULLI, *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia nel PNRR*, in *Federalismi*, 28 luglio 2021, p. 11.

¹⁵¹ E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, Tipografia Editrice Pisana, 2017, p. 107 e p. 251, in riferimento all’art. 5, comma 3, lett. b) della l. 400/1988, per cui «il Presidente del Consiglio promuove e coordina l’azione del Governo per quanto attiene ai rapporti con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e sovrintende all’attività dei commissari del Governo» e, anche, all’art. 4, comma 2, del d.lgs n. 303/1999, per cui «il Presidente del Consiglio promuove le iniziative necessarie per l’ordinato svolgimento dei rapporti tra Stato, regioni e autonomie locali ed assicura l’esercizio coerente e coordinato dei poteri e dei rimedi previsti per i casi di inerzia e di inadempienza».

¹⁵² Art. 5, comma 3, della l. n. 400/1988.

¹⁵³ Ai sensi dell’art. 3 del d.lgs. n. 303/1999, «Compete al Presidente del Consiglio la responsabilità per l’attuazione degli impegni assunti nell’ambito dell’Unione europea». Una responsabilità specifica che connota la disciplina del 1999 rispetto a quella del 1988, come sottolineato da E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del governo*, cit., p. 212, che osserva, altresì, come il Trattato di Lisbona abbia contribuito a rafforzare la posizione del Presidente del Consiglio e a orientare in tal senso l’interpretazione dell’art. 95 Cost. Sul tema cfr. inoltre G. RIVOCCHI, *I riflessi dell’Unione europea sul rapporto governo-Parlamento e sull’organizzazione interna del governo*, in (a cura di) N. LUPO, R. IBRIDO, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, Il Mulino, 2019.

tuazione degli impegni assunti in ambito UE, trovano la propria *ratio* sia l'istituzione della «cabina di regia» di cui all'art. 2¹⁵⁴, sia la disciplina sui poteri sostitutivi.

9. I poteri sostitutivi previsti dal d.l. n. 77/2021

A quest'ultimo riguardo, sempre in ragione della potestà legislativa esclusiva affermata all'art. 1, il medesimo d.l. n. 77/2021, nel successivo titolo II, detta norme in tema di *Poteri sostitutivi, superamento del dissenso e procedure finanziarie*¹⁵⁵. In questa disposizione, occorre notare, non vi è alcun richiamo all'art. 120, comma 2, Cost., né all'art. 8 della l. n. 131 del 2003¹⁵⁶. La Corte costituzionale, del resto, ha ripetutamente affermato che il modello procedurale indicato non esaurisce le possibilità di esercizio di poteri sostitutivi¹⁵⁷ e lascia impregiudicata la possibilità che il legislatore, con normativa di settore, disciplini altri tipi di intervento sostitutivo¹⁵⁸. Al contempo, il legislatore statale è tenuto a rispettare i principi desumibili dall'art. 120 Cost., pur rimanendo libero di articularli in forme diverse¹⁵⁹.

In merito viene anche in rilievo l'art. 117, comma 5, per il quale, quando nelle materie di loro competenza le regioni e le province autonome provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, la legge dello Stato disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. L'attua-

¹⁵⁴ Quanto alla composizione della stessa, allorché l'attuazione del PNRR esiga il coordinamento con l'esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite alle regioni e agli enti locali e l'armonizzazione degli indirizzi della medesima cabina nonché dei Comitati (quello per la transizione ecologica e quello per la transizione digitale), è prevista la partecipazione del Ministro per gli affari regionali alle sedute dei medesimi, il quale promuove le conseguenti iniziative anche in sede di Conferenza permanente nonché di Conferenza unificata; quando poi si tratti di materie nelle quali le regioni e le province autonome vantano uno specifico interesse, ai predetti Comitati partecipa anche il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome. Merita poi attenzione la modifica introdotta in sede di conversione all'art. 2, comma 3, del d.l. n. 77/2021, per il quale alle sedute della Cabina di regia partecipa anche «il Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e il Presidente dell'Unione delle province d'Italia quando sono esaminate questioni di interesse locale».

¹⁵⁵ Artt. 12 ss.

¹⁵⁶ Sul potere sostitutivo all'indomani della riforma del titolo V Cost., P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti fra competenza legislativa statale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223; ID., *Funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 1325 ss.; G. SALERNO, *La disciplina dei poteri sostitutivi fra semplificazione e complessità ordinamentale*, in *Federalismi*, 2002; A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, in AIC, 2003; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPi, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 235; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 163 ss.

¹⁵⁷ Il potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost., che allude a emergenze costituzionali di particolare gravità, avrebbe poi, secondo la Corte cost., una natura «aggiuntiva», nel senso che si affianca ad altre ipotesi di poteri sostitutivi fra livelli di governo (cfr. sentenze n. 43/2004 e nn. 69 e 240/2004; nn. 300 e 416/2005, n. 254/2009, n. 22/2014, n. 171/2015).

¹⁵⁸ Corte cost., sent. n. 250 e n. 249 del 2009, n. 43/2004, n. 171/2015.

¹⁵⁹ Corte cost., sent. n. 44 del 2014, n. 209 del 2009 e n. 171/2015.

zione del PNRR si configura infatti come attuazione ed esecuzione di un atto dell'Unione europea¹⁶⁰.

Ad ogni modo, com'è noto, la Corte ha indicato che i poteri sostitutivi: a) devono essere previsti e disciplinati dalla legge, che ne deve definire i presupposti sostanziali e procedurali, in ossequio al principio di legalità; b) devono essere attivati solo in caso di accertata inerzia della regione o dell'ente locale sostituito; c) devono riguardare solo atti o attività privi di discrezionalità nell'*an*; d) devono essere affidati ad organi di Governo; e) devono rispettare il principio di leale collaborazione all'interno di un procedimento nel quale l'ente sostituito possa far valere le proprie ragioni; f) devono conformarsi al principio di sussidiarietà¹⁶¹.

Tali requisiti appaiono rispettati dalle norme in esame. Il presupposto per l'attivazione del potere sostitutivo è infatti il «mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti (...) ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR»¹⁶². In tali casi, è prevista l'assegnazione al soggetto attuatore di un termine di massimo trenta giorni e, in caso di perdurante inerzia, sentito il soggetto attuatore, su proposta del Presidente del Consiglio, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero uno o più commissari *ad acta* ai quali attribuisce in via sostitutiva il potere di adottare gli atti o i provvedimenti ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti.

In realtà, data la posta in gioco, sarebbe stato imprudente tralasciare di adottare una disciplina generale dei poteri sostitutivi per l'attuazione del PNRR¹⁶³. D'altro canto, una disciplina generale evita che i poteri sostitutivi siano esercitati dal Governo caso per caso, magari attraverso strumenti ogni volta diversi¹⁶⁴. È innegabile, a contempo, che le norme

¹⁶⁰ Il potere sostitutivo *de quo* si basa quindi tanto sull'art. 120 Cost., quanto sull'art. 117, comma 5, Cost. Cfr. in proposito A. AMORE, *Lo stato interventista nello scenario del pnrr: un'organizzazione amministrativa socio-sanitaria di natura egualitaria*, in *Persona e Amministrazione*, 2021, n. 2, pp. 317 ss.

¹⁶¹ Sent. n. 227, n. 173, n. 172 e n. 43 del 2004, e n. 171/2015.

¹⁶² Art. 12.

¹⁶³ Il problema si pone allorché le Amministrazioni centrali utilizzano, per l'accesso ai finanziamenti PNRR, il sistema dei bandi, allorché vi sia l'inerzia delle regioni e degli enti locali nella stessa presentazione delle domande con i relativi progetti (come nel caso asili nido). Sulla questione cfr. M. CECCHETTI, *L'incidenza sui livelli di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, relazione al Seminario AIC, *PNRR e ordinamento costituzionale*, 20 maggio 2022, Università Roma Tre, in corso di pubbl.

¹⁶⁴ Sui poteri sostitutivi e sugli strumenti (atti amministrativi o legislativi) la dottrina ha discusso a lungo. Fra coloro che hanno ritenuto ammissibile solo una sostituzione amministrativa, come ad es. G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 1, p. 12; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, ivi, p. 1241; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1153; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (pocche) luci e (molte) ombre*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2001; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costitu-*

sul potere sostitutivo di cui al d.l. n. 77/2021 si riferiscano ad una categoria molto ampia di azioni ed omissioni, ove si consideri, fra l'altro, la tendenziale pervasività del Piano nazionale nei prossimi anni. Resta importante, quindi, che nei casi in cui occorrerà valutare la legittimità e la proporzionalità degli interventi sostitutivi del Governo, si presti attenzione alla circostanza che regioni ed enti locali abbiano effettivamente avuto la possibilità di avvalersi del supporto tecnico-operativo che lo stesso legislatore statale ha previsto¹⁶⁵. I ritardi, le inerzie, le difformità rispetto ai progetti non sono ovviamente aspetti riconducibili al principio autonomistico, quanto piuttosto atti, comportamenti e omissioni che contrastano con il principio di buon andamento dell'amministrazione e, per molti versi, con lo stesso principio di leale collaborazione¹⁶⁶. Con specifico riguardo alla tutela della salute e all'assistenza sociosanitaria, oltretutto, viene in rilievo la responsabilità dello Stato circa la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» e, in concreto, la responsabilità per l'intangibilità della qualità e della quantità dell'assistenza sanitaria funzionale

zionale, Torino, 2002, pp. 217 ss.; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 150 ss.; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, Cost.*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, pp. 739-743; P. BILANCIA, *Emergenza di livello regionale: necessità ed urgenza di provvedere*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, Milano, 2003, p. 37; E. DE MARCO, *Tutela dei diritti e potere sostitutivo nel nuovo Titolo V della Costituzione*, ivi, p. 174; R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in *Giur. cost.*, 2003, n. 1, p. 502; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, pp. 883 ss.; M. BELLETTI, *Art. 120*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1092 ss. Altri, invece, non hanno escluso del tutto l'ammissibilità di un potere sostitutivo in via legislativa, come ad es. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 189 ss.; P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni*, cit., p. 1334; G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, secondo comma, Cost.*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, pp. 93 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, cit., p. 239; F. GIUFFRÈ, *Note minime su poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge 131 del 2003 (cd. legge "La Loggia")*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003; A. PAPA, *Art. 8*, in V. ITALIA, (a cura di), *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003; R. BIN, *Sulle "leggi di reazione"*, in *Le Regioni*, 2004, n. 6, pp. 1374 ss.; G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del governo nella legge n. 131 del 2003*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, pp. 348 ss. Sul principio di legalità in relazione al potere sostitutivo, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 329; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1247 ss.; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali*, cit., p. 152.

¹⁶⁵ Il riferimento è agli artt. 9 e 10 del d.l. n. 77/2021, conv. nella l. n. 108/2021.

¹⁶⁶ Senza alcuna pretesa di completezza, ci si limita qui a segnalare alcuni degli studi che più hanno rimarcato la funzionalità dell'amministrazione rispetto alla comunità: G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; N. SPERANZA, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1971; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; G. GUARINO, *Quale amministrazione?*, Milano, 1985, 111; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano 1987, I, p. 158; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, p. 268; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, BOLOGNA 1998, I, pp. 397 ss.; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI agg.), Milano, 2002; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir e proc. amm.* 2010, pp. 31 ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 117.

alla garanzia del diritto fondamentale alla salute¹⁶⁷; una responsabilità correlata con la tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica, come mostra lo stesso art. 120 Cost., che prevede l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni «quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali»¹⁶⁸. Fondamentale risulta pertanto il coordinamento fra i diversi livelli di governo, così come la programmazione condivisa delle linee di indirizzo, specie nell'ambito dei servizi sociali e sociosanitari, ove si consideri la questione delle ricadute finanziarie e quello dei relativi vincoli in rapporto ai livelli delle prestazioni e ai diritti garantiti dalla Costituzione. Tutte questioni che, ci si limita qui a ricordare, si intersecano con la realizzazione del federalismo fiscale, per un passaggio da un sistema di finanza derivata ad un sistema decentrato sul territorio¹⁶⁹.

Il potere sostitutivo, in particolare, lungi dall'essere necessariamente espressione di un modello ordinamentale centripeto, uniformante e gerarchizzante¹⁷⁰, può considerarsi esso stesso espressione del principio costituzionale di sussidiarietà, tutte le volte in cui gli enti territoriali siano stati effettivamente posti nelle condizioni di poter procedere in autonomia e, malgrado ciò, non abbiano conseguito l'obiettivo¹⁷¹.

A quest'ultimo riguardo, la stessa Corte costituzionale, in una recente pronuncia, con apprezzabile realismo, ha prestato attenzione agli aspetti che attengono alla qualificazione, alle competenze e anche alla concreta situazione ambientale del personale amministrativo chiamato a collaborare con il commissario *ad acta* nominato dallo Stato, allorché si tratti di gestire e superare situazioni gestionali complicate o «estreme»¹⁷². Allo stesso tempo la

¹⁶⁷ Cfr. Corte cost., n. 125 del 2015 e n. 217 del 2010, n. 233 del 2019.

¹⁶⁸ Ci si limita a segnalare C. BOTTARI, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Bologna, 2014; L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza* (atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa svoltosi a Trapani l'8 e il 9 giugno 2012), a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013. Fra i contributi più recenti, A. SANTUARI, *I Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP). Profili giuridici e assetti istituzionali multilivello*, in *Wellforum*, 2021.

¹⁶⁹ Cfr., da ultimo, Corte dei Conti, Audizione su finanza territoriale e federalismo fiscale presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 4-5-2022.

¹⁷⁰ Questo l'antico modello che ha alimentato l'idea di un'antitesi fra controllo sostitutivo e autonomia, come osserva L. BUFFONI, *Il potere sostitutivo del Governo e l'equilibrio di bilancio*, in *Forum di Quad. cost.*, 2018.

¹⁷¹ Cfr. in proposito A. POLICE, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi: la funzione amministrativa nello Stato plurale*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di A. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2004. Cfr. in proposito Corte cost., sent. n. 70/2004.

¹⁷² Il riferimento è alla sent. n. 168/2021 e in particolare al passaggio relativo al commissario straordinario per il piano di rientro sanitario della regione Calabria e al personale dedicato. Afferma infatti la Corte che il potere sostitutivo statale, «in situazioni estreme come quella in oggetto, non può essere certo attuato attraverso il mero avvicendamento del vertice, senza considerare l'inefficienza dell'intera struttura sulla quale tale vertice è chiamato a operare in nome dello Stato»; sicché «l'effetto utile – evocato dalla censura regionale – dell'esercizio del potere di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. non può [...] che essere perseguito attraverso un intervento che comporti una prevalente sostituzione della struttura inefficiente con personale esterno altamente qualificato fornito direttamente dallo Stato – e di cui sarebbe oppor-

Corte non ha lasciato in ombra il valore costituzionale dell'autonomia regionale pur sottoposta al piano di rientro sanitario¹⁷³.

Guardando indietro, comunque, la questione dell'inerzia e quella degli strumenti per il suo superamento, specie in riferimento alla tutela della salute e all'organizzazione sanitaria¹⁷⁴, si è sempre rivelata nodale. Ne è un sintomo quella già menzionata clausola prevista dalla riforma Balduzzi, contenuta nell'art. 1, comma 6, del d.l. n. 158/2012¹⁷⁵. La vera questione, pertanto, è la seguente: il Governo, grazie alla disciplina introdotta, farà poi effettivamente uso del potere sostitutivo? E soprattutto, ancor prima: sarà in grado di esercitare efficacemente il suo ruolo di guida, di impulso e di iniziativa nei confronti di tutte le istituzioni coinvolte nella realizzazione del PNRR?

10. Note conclusive

Al termine di questa analisi può forse cogliersi ancor più in profondità l'entità della sfida rappresentata dalla "missione salute".

In prospettiva storica, la necessaria risposta alla crisi sanitaria senza precedenti che la pandemia ha determinato offre l'occasione per dare impulso a riforme attese da decenni e che attengono, in estrema sintesi, all'organizzazione e alla qualità delle cure primarie e, quindi, alla prevenzione, alla presa in carico appropriata delle problematiche sanitarie e sociali e all'implementazione dell'assistenza domiciliare, anche attraverso lo sviluppo della telemedicina e dell'approccio c.d. *One Health*. Sotto questo profilo le due "missioni" – salute, da un lato, e inclusione e coesione, dall'altro – richiedono una considerazione politica unitaria e sinergica da parte di tutti gli attori politici.

Si è poi segnalato il rischio di ridurre la riforma alla creazione di alcuni cantieri volti alla costruzione o all'ammodernamento di strutture destinate a divenire case della salute e ospedali di comunità, tralasciando altri aspetti, quali la formazione dei medici e dei professionisti coinvolti, da cui dipende quel rinnovato approccio con i pazienti e i loro familiari, destinatari, in ultima analisi, della "missione salute". Al riguardo è parso opportuno auspicare una vera e propria *transizione formativa*, tenendo conto, fra l'altro, delle aspirazioni provenienti soprattutto dalle più giovani generazioni dei medici di medicina generale e,

tuno che l'onere sia a carico della stessa autorità centrale –, in modo da evitare anche ogni possibile condizionamento ambientale».

¹⁷³ Nella medesima sentenza, infatti, viene dichiarata incostituzionale la norma statale allorché non prevede la possibilità, per la regione, di presentare una sua proposta convincente di piano di rientro. In proposito cfr. A. PATANÉ, D. SERVETTI, *Il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla "crisi dell'autonomia"*. Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/2021 sul piano di rientro sanitario della Regione Calabria, in *Corti supreme e salute*, 2021, n. 2.

¹⁷⁴ Rispetto alle quali, non va dimenticato, è impegnata la gran parte dei bilanci regionali, per una quota superiore all'80%.

¹⁷⁵ *Supra*, § 4.

sotto un altro profilo, dell'esperienza delle cure domiciliari maturata nell'ambito delle reti di cure palliative.

Il problema che resta sullo sfondo, del resto, è stato ben sintetizzato dalla Corte dei conti in quel passaggio menzionato in precedenza: «La riorganizzazione della rete di assistenza e l'uso complessivamente più appropriato delle strutture ospedaliere non sono stati accompagnati, in questi anni, da un rafforzamento dell'offerta dell'assistenza territoriale rivolta alla parte “più debole” della popolazione, cioè anziani, disabili, malati terminali. In molti casi non sono raggiunte le soglie richieste, pur se fissate a livelli molto contenuti»¹⁷⁶.

Quanto alle “soglie” e ai “livelli”, l'analisi sin qui svolta ha posto in luce le difficoltà che, lungo i decenni, hanno impedito l'implementazione delle riforme e in particolare la realizzazione di un sistema efficiente di cure primarie, con responsabilità sia del livello di governo centrale, sia di quello regionale. Al riguardo, condividendo la posizione di coloro che considerano che la soluzione all'inefficienza sia il buon governo e non una riforma costituzionale volta a centralizzare le competenze, si è al contempo valutata favorevolmente la “governance per il PNRR” di cui al d.l. n. 77/2021, che richiama il valore dell'interesse nazionale e disegna un sistema di poteri sostitutivi. Questi ultimi, infatti, non necessariamente si oppongono ai principi di autonomia, sussidiarietà e leale collaborazione, ma, al contrario, appaiono persino doverosi – laddove ve ne sia l'esigenza – per contribuire ad assicurare quei livelli essenziali di assistenza che implicano la garanzia del fondamentale diritto alla salute in condizioni di uguaglianza.

La derogabilità della tutela brevettuale sui vaccini anti Covid

Alcune note sulla decisione di Ginevra del 17 giugno 2022, tra progressi raggiunti e questioni aperte (anche nella prospettiva del costituzionalismo globale)

Davide Servetti*

ABSTRACT:

L'articolo propone un commento a prima lettura della recente decisione adottata dalla Conferenza ministeriale dell'Organizzazione mondiale del commercio, il 17 giugno 2022, a Ginevra, relativa alla derogabilità dei brevetti sui vaccini anti Covid. Esaminati i contenuti di tale atto, li si confronta con il precedente del c.d. "Sistema speciale" di Doha e vengono formulate alcune provvisorie valutazioni circa il contributo della decisione ginevrina alla lotta alla pandemia, specialmente alla luce dei riferimenti in essa contenuti ai programmi di cooperazione internazionale per la diffusione delle vaccinazioni.

The article comments on the recent decision adopted by the Ministerial Conference of the World Trade Organization, on June 17, 2022, in Geneva, concerning the flexibility about intellectual property rules about Covid-19 vaccines. It examines the contents of the decision, compares them with the Doha "special system" and propose some provisional assessments regarding the contribution of the Geneva decision to the fight against the pandemic, especially in light of the references it contains to international cooperation programs for the dissemination of vaccinations.

* Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le nuove regole di “flessibilità” previste nella decisione di Ginevra. – 3. Dopo Doha, Ginevra: *quid novi?* – 4. Successo senza precedenti, soluzione deludente o cambio di rotta? Riflessioni aperte sulla funzionalità della decisione di Ginevra ai programmi di cooperazione internazionale sui vaccini anti Covid e viceversa. – 5. Una suggestione conclusiva nella prospettiva della costituzionalizzazione del diritto internazionale sui brevetti dei farmaci (per aprire un dibattito).

1. Introduzione.

Lo scorso giugno si è tenuta la, più volte rinviata, dodicesima riunione della Conferenza ministeriale dell’Organizzazione mondiale del commercio. Iniziata il 12 giugno, avrebbe dovuto concludersi il 15, ma i lavori si sono protratti per ulteriori due giorni. Tra le ragioni politiche – al di là di quelle di sicurezza sanitaria¹ – che hanno così a lungo ritardato la riunione e hanno imposto di prorogarne la chiusura vi è senz’altro la difficoltà a trovare un accordo su una delle questioni all’ordine del giorno², quella della sospensione dei brevetti sui vaccini anti Covid, posta formalmente da alcuni stati nell’autunno del 2020³.

Il risultato di questo sforzo è rappresentato da uno dei documenti finali adottati dalla Conferenza il 17 giugno, i quali vanno a comporre quello che è stato ribattezzato “Geneva Package”. Si tratta della “Decisione ministeriale sull’accordo TRIPS” che stabilisce una nuova disciplina derogatoria, per motivi di sanità pubblica⁴, delle regole generali sulla tutela della proprietà intellettuale, specificamente avente ad oggetto i vaccini anti Covid e finalizzata a consentirne una maggiore diffusione presso i paesi in via di sviluppo.

¹ La Conferenza, che si riunisce di norma ogni due anni, avrebbe dovuto tenersi nel giugno 2020 in Kazakistan. Rinviata a causa della pandemia, l’evento è poi stato riprogrammato nell’autunno 2021 a Ginevra. Nuovamente rimandata (a data da definirsi) per la recrudescenza dei contagi a livello globale, nell’aprile 2022 si è raggiunto infine l’accordo circa il suo svolgimento nel giugno seguente presso la città svizzera sede dell’Organizzazione.

² Per una panoramica dei temi trattati dalla Conferenza, si rinvia al documento di sintesi finale, consultabile al seguente link: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/24.pdf&Open=True>. Oltre che dei rapporti tra mercato e salute pubblica – insieme alla decisione sui vaccini qui all’attenzione, sono state approvate anche una Dichiarazione sulla risposta dell’OMC al Covid-19 e sulla preparazione alle pandemie future, nonché una Dichiarazione sui prodotti sanitari e fitosanitari –, la Conferenza si è occupata anche di sicurezza alimentare, sussidi alla pesca e commercio elettronico.

³ Si tratta dell’istanza presentata da India e Sud Africa, il 2 ottobre 2020, al Consiglio per l’accordo TRIPS ai fini dell’adozione (da parte del Consiglio generale dell’OMC) di una decisione avente ad oggetto la sospensione dei brevetti (e di altre garanzie della proprietà intellettuale) relativi ai medicinali, ai dispositivi medici od ogni altro ritrovato tecnologico – non soltanto vaccini, dunque – necessari alla prevenzione, al contenimento e al trattamento del Covid-19. Il testo della decisione proposta, allegato alla comunicazione ufficiale sottoscritta dai due stati, è consultabile al seguente link: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf>.

⁴ “Nuova”, considerando il precedente della Dichiarazione di Doha e delle conseguenti decisioni e modifiche dell’accordo TRIPS, sul quale si dirà oltre nel testo.

La decisione è stata presentata dai vertici dell'OMC, al pari degli altri *final outcomes* della Conferenza, come un successo “senza precedenti”⁵. A questa enfasi si contrappongono le posizioni critiche espresse da importanti organizzazioni non governative⁶ e i tiepidi commenti provenienti da osservatori indipendenti⁷.

La distanza delle opinioni riscontrabili nel dibattito pubblico sull'effettivo contributo che la decisione dell'OMC potrà dare all'incremento della platea dei vaccinati nei paesi più poveri e, più in generale, sull'impostazione di tale meccanismo derogatorio, consiglia in primo luogo di descrivere puntualmente le nuove norme adottate (§ 2), vagliandone poi con attenzione la portata innovativa rispetto ai margini di flessibilità nell'applicazione dell'accordo TRIPS già consentiti dalle regole scaturenti dalla Dichiarazione di Doha del 2001 (§ 3). Precisato il quadro di diritto positivo, sarà possibile formulare alcune provvisorie valutazioni circa il contributo della decisione ginevrina alla lotta alla pandemia, tentando di individuare quali degli ostacoli alla diffusione dei vaccini, imputabili alla tutela della proprietà intellettuale (non solo secondo gli stati predetti ma anche ad avviso di autorevoli voci della comunità internazionale), siano stati superati e quali invece permangano, anche alla luce delle iniziative di cooperazione internazionale per la diffusione delle vaccinazioni anti Covid, come il programma Covax e il Global mRNA technology transfer hub (§ 4). Infine, si proporrà un breve spunto di riflessione sull'opportunità, in una prospettiva di costituzionalizzazione del diritto internazionale, di conseguire un miglior bilanciamento tra tutela della salute pubblica e protezione della proprietà intellettuale attraverso il nuovo trattato internazionale sulle pandemie proposto in seno all'OMS (§ 5).

2. Le nuove regole di “flessibilità” previste nella decisione di Ginevra

La disciplina dettata dalla decisione del 17 giugno si autoqualifica⁸ come derogatoria rispetto alle norme dell'Accordo TRIPS. In particolare, essa si innesta sull'art. 31 di tale Accordo, nel quale sono individuate, in via generale, le condizioni nel rispetto delle quali gli stati membri possono legittimamente introdurre eccezioni ai diritti di esclusiva derivanti dall'esistenza di un brevetto e garantiti dalle regole ordinarie del trattato. In altri termini,

⁵ Oltre ai comunicati ufficiali dell'Organizzazione, si può leggere al riguardo il discorso della direttrice generale dell'OMC, l'economista nigeriana Ngozi Okonjo-Iweala, pronunciato a chiusura della Conferenza (consultabile al seguente link: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/mc12_17jun22_e.htm)

⁶ Tra le quali, si sono espresse Medici senza frontiere, Oxfam, Emergency, nonché il comitato coordinatore dell'Iniziativa dei cittadini europei “No profit on pandemic”. Indicativa la rassegna delle prime reazioni presente in F. CARMINATI, *Pandemia. Accordo per sospendere i brevetti sui vaccini per il Covid. Le Ong: è fasullo*, in *Avvenire*, 17 giugno 2022.

⁷ Si veda ad esempio l'articolo pubblicato sul sito web dell'ISPI di A. LATINO, *WTO, adelante con juicio*, 24 giugno 2022.

⁸ Va intesa in tal senso la base giuridica identificata, in premessa alla decisione, nell'art. IX, cc. 3 e 4, dell'Accordo di Marrakesh.

l'art. 31 dell'Accordo TRIPS costituisce, dal punto di vista del diritto internazionale, la norma autorizzatoria di istituti giuridici che sono tradizionalmente previsti all'interno degli ordinamenti nazionali come eccezioni alla tutela brevettuale (ad es. l'espropriazione o la licenza obbligatoria), nei casi in cui la garanzia della proprietà intellettuale debba lasciare il passo al perseguimento di interessi considerati prevalenti⁹. Dunque, ricalcando la medesima logica della dichiarazione di Doha (v. *infra* § 3), la decisione di Ginevra reca una disciplina “doppiamente derogatoria”, che permette di beneficiare, nell'applicazione del trattato, di maggiore flessibilità rispetto a quella già consentita dall'art. 31.

Vediamo quali sono le condizioni di accesso a tale “flessibilità” – come l'OMC usa qualificare nei propri atti questo tipo di disciplina derogatoria – e quali i suoi contenuti.

Anzitutto, l'ambito di applicazione di tale disciplina viene circoscritto sotto il profilo sia soggettivo sia oggettivo, nonché sotto quello temporale.

Gli “stati idonei” (“eligible members”) sono individuati in tutti i paesi in via di sviluppo¹⁰. Si tratta, però, di una platea destinata a restringersi, poiché la decisione contiene una clausola¹¹ che, da un lato, invita i paesi in via di sviluppo attualmente dotati di capacità produttiva relativamente ai vaccini anti-Covid ad assumere l'impegno vincolante a non avvalersi della decisione medesima e, dall'altro, stabilisce che sono considerati alla stregua di siffatti impegni vincolanti le posizioni espresse al Consiglio generale dell'OMC nella riunione del 10 maggio 2022. Stante la limitatezza delle informazioni attualmente a disposizione¹², non è ancora possibile conoscere con precisione quali paesi in via di sviluppo

⁹ Perciò, specularmente, si può ritenere che l'art. 31 (insieme al 30) rappresenti, dal punto di vista del diritto interno, quella clausola di flessibilità nella garanzia dei diritti di esclusiva discendenti dal brevetto che rende, in astratto, compatibili gli obblighi internazionali assunti mediante l'Accordo TRIPS con gli artt. 41 e 42 Cost. e, per quanto concerne il tema dei brevetti farmaceutici, con il combinato disposto tra di essi e gli artt. 2, 3, 9 e 32 Cost. Per la ricostruzione delle coordinate costituzionali in questa materia v. R. BALDUZZI, *La liberalizzazione dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 2, pp. 261 ss., spec. 278-283, il quale prende a riferimento e sviluppa gli argomenti impiegati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 20/1978, che può a tutt'oggi considerarsi il “*leading case*” sul tema qui in discorso all'interno della giurisprudenza costituzionale domestica. Sulla decisione v. il ricco commento di R. PARDOLESI, *Sul divieto di brevettazione di farmaci*, nota a C. cost., sent. n. 20/1978 (red. Elia), in *Foro italiano*, 1978, I, cc. 809 ss.; per una lettura della sentenza che ne evidenzia i profili di attualità e sottolinea le tensioni della vigente normativa farmaceutica con i criteri di bilanciamento degli interessi fissati dalla Corte, v. C. CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4.

¹⁰ Le regole dell'OMC, rispecchiando l'impostazione adottata dall'ONU, prevedono che ciascun paese notifichi il proprio status di nazione “sviluppata” o “in via di sviluppo”, sicché non mette a disposizione una lista ufficiale dei paesi ricompresi nelle due categorie; diversamente, esiste un elenco dei paesi “meno sviluppati” (o “a basso sviluppo”). Considerando l'edizione 2022 del *World Economic Situation Prospects* pubblicata dall'ONU, i paesi in via di sviluppo (escludendo però dalla categoria quelli con “economia in transizione”: categoria non contemplata in seno all'OMC) sono 126 (per il dettaglio v. pp. 151 ss. del rapporto, consultabile al seguente link: file:///C:/Users/Asus/Downloads/WESP2022_10Jan_FINAL.pdf).

¹¹ V. la nota a piè di pagina n. 1 della decisione di Ginevra.

¹² La decisione prevede che queste e le altre dichiarazioni contenenti l'impegno vincolante in parola saranno pubblicate sul sito web dell'Organizzazione. Le minute della riunione del 10 maggio non risultano consultabili e – salvo errore da parte nostra – nel repertorio generale degli atti non sono ancora presenti dichiarazioni in tal senso. Vero è che, durante la riunione, un gruppo di stati sostenitore dell'originaria proposta di sospensione dei brevetti avanzata da India e Sud Africa (che comprendeva anche questi due paesi) ha formulato una comunicazione nella quale prendeva atto della ne-

abbiano già assunto gli impegni in discorso, ma è evidente come tale clausola punti ad escludere quei paesi che, pur rientrando formalmente nella categoria delle nazioni in via di sviluppo, non hanno riscontrato problemi nella produzione di vaccini anti Covid, com'è il caso della Cina¹³.

Sotto il profilo oggettivo, la decisione si applica a tutti i prodotti, le tecnologie e agli altri eventuali elementi coperti da brevetto che siano strumentali alla produzione dei vaccini anti Covid. Non rientrano, quindi, in questo regime di favore i farmaci diversi dai vaccini, così come ogni altro presidio medico o tecnologia utile al contrasto del Covid-19. Al riguardo, la Conferenza ministeriale ha preso tempo, impegnando gli stati membri a considerare, entro sei mesi dall'adozione della decisione ginevrina, l'estensione della disciplina ivi contenuta anche alla produzione e alla fornitura di prodotti diagnostici e terapeutici¹⁴. Quanto alla limitazione nel tempo dell'efficacia della decisione, gli "eligible members" possono avvalersene per un periodo di cinque anni, restando nella facoltà del Consiglio generale, alla luce di eccezionali circostanze legate all'evoluzione della pandemia, un'eventuale proroga¹⁵.

Passando a considerare i margini di flessibilità consentiti dalla decisione, essi riguardano tre condizioni che l'art. 31 prescrive ad uno stato membro laddove voglia permettere un'utilizzazione di un prodotto brevettato senza il consenso del titolare: l'onere di preventiva negoziazione dell'uso consensuale; la prevalente destinazione al mercato interno del prodotto "liberato" dal brevetto; la determinazione di un'indennità adeguata a favore del titolare del brevetto sospeso¹⁶.

La decisione¹⁷ solleva lo stato membro dall'obbligo di pretendere dal soggetto che intende utilizzare il brevetto senza il consenso del titolare – ad esempio il richiedente la licenza obbligatoria – la prova di aver tentato senza successo di negoziare, a condizioni economiche e in tempi ragionevoli, la concessione di una licenza volontaria sul brevetto da parte del titolare medesimo. Invero, si tratta di una previsione mediante la quale la decisione di Ginevra non fa propriamente eccezione all'art. 31, lett. b), dell'Accordo TRIPS: la disposizione del trattato, infatti, già prevede che lo stato possa venir meno all'obbligo in parola in caso di emergenza nazionale, in altre circostanze di estrema urgenza, nell'ipotesi di uso

cessità di circoscrivere la portata di tale proposta; tale documento, di per sé, lascia tuttavia impregiudicata la questione dell'esistenza o meno di capacità produttiva in capo agli stati sottoscrittori.

¹³ Nella bozza della decisione, comunicata ai primi di maggio dalla direttrice generale dell'OMC alla presidenza del Consiglio per l'Accordo TRIPS, l'identificazione dei paesi non idonei era più circostanziata, essendo espressamente esclusi i paesi in via di sviluppo che avevano esportato, nel 2021, un volume superiore al 10% del totale delle esportazioni mondiali di vaccini. Il testo è consultabile al seguente link: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W688.pdf&Open=True>).

¹⁴ V. par. 8 della decisione di Ginevra.

¹⁵ V. par. 6 della decisione di Ginevra, ove si prevede anche che il Consiglio generale ne monitori annualmente l'operatività.

¹⁶ Queste tre condizioni sono previste, rispettivamente, alle lett. b), f) e h) dell'art. 31 dell'Accordo TRIPS.

¹⁷ V. par. 3, lett. a).

pubblico non commerciale. In altri termini, il “novum” della decisione parrebbe risiedere, sotto questo aspetto, soltanto nell’introduzione di una presunzione *iuris et de iure* circa l’esistenza delle situazioni eccezionali che giustificano l’esenzione dall’obbligo.

Ben più importante, invece, è l’eccezione prevista rispetto all’art. 31, lett. f), il quale consente l’uso non consensuale soltanto se il prodotto “liberato” dal brevetto viene destinato prevalentemente al mercato interno dello stato che lo autorizza. Si tratta, come si vedrà meglio oltre (§§ 3 e 4), di una questione centrale nel percorso che, dalla Dichiarazione di Doha in poi, ha introdotto deroghe all’Accordo TRIPS per esigenze di sanità pubblica. La decisione di Ginevra¹⁸ stabilisce espressamente che “any proportion” del prodotto “liberato” dal brevetto possa essere esportata, a condizione che il paese di destinazione corrisponda ad un altro “eligible member”. Viene così prospettata la creazione di un circuito di esportazioni/importazioni circoscritto ai paesi in via di sviluppo e si prevede che esso possa realizzarsi nell’ambito di iniziative internazionali o regionali finalizzate a promuovere l’equo accesso ai vaccini anti-Covid. Al fine di prevenire “falle” interne a tale circuito e connessi comportamenti opportunistici, la decisione¹⁹ impegna gli “eligible members” ad impedire la riesportazione dei prodotti importati in base a questo regime di favore, salvo che la riesportazione sia eccezionalmente rivolta ad approvvigionare un altro stato idoneo per motivi umanitari e non profit. Inoltre, si prevede che gli stati non idonei a beneficiare della decisione si dotino degli strumenti giuridici necessari a impedire l’importazione e la vendita nei propri territori di beni prodotti grazie all’autorizzazione concessa in forza della decisione stessa.

Infine, la decisione conferma la necessità che l’“eligible member” preveda un’adeguata indennità a favore del titolare del brevetto, ma specifica che la determinazione di tale indennità debba essere effettuata tenendo conto delle finalità umanitarie e non lucrative dei programmi che promuovono l’equo accesso ai vaccini anti Covid, nonché delle buone pratiche che guidano siffatta determinazione nei casi di emergenze nazionali, pandemie o simili circostanze, alcune delle quali sono già state codificate²⁰. Poiché l’art. 31, lett. h), richiede di definire l’indennità in base al valore economico dell’autorizzazione, si può immaginare che la decisione di Ginevra potrà dar luogo a determinazioni equitative delle indennità maggiormente influenzabili dalle finalità solidaristiche alla base dell’autorizzazione dell’uso non consensuale del brevetto, con minori spazi di contestazione da parte del titolare del brevetto che ritenga inadeguata per mere ragioni economiche la relativa quantificazione.

¹⁸ V. par. 3, lett. b).

¹⁹ V. par. 3, lett. c).

²⁰ La decisione rinvia in particolare a due documenti promossi dalla stessa OMC: il *WHO-WIPO-WTO Study on Promoting Access to Medical Technologies and Innovation* (2020) e le *Remuneration Guidelines for Non-Voluntary Use of a Patent on Medical Technologies* (WHO/TCM/2005.1).

Degne di nota sono anche altre previsioni che concorrono a caratterizzare nel senso della “flessibilità” il regime speciale disegnato dalla decisione. Particolarmente significativa è la precisazione del fatto che l’autorizzazione all’uso non consensuale del brevetto possa trovare base giuridica non necessariamente in atti legislativi dell’“eligible member”, ma in ogni altro atto (ordinanze emergenziali, provvedimenti amministrativi, decisioni giudiziarie) che sia previsto dall’ordinamento statale, senza la necessaria concessione di una formale licenza obbligatoria²¹. Il chiarimento potrebbe concorrere a rassicurare gli stati interessati di fronte al rischio che le aziende titolari dei brevetti promuovano costosi contenziosi legali incentrati sulla contestazione delle procedure di rilascio dell’autorizzazione all’uso non consensuale. Da segnalare, altresì, che la comunicazione della scelta di avvalersi della decisione può avvenire, da parte dell’“eligible member” al Consiglio per l’Accordo TRIPS, successivamente all’assunzione delle misure che la sostanziano, non essendo prevista alcuna procedura di preventiva autorizzazione, ma solo un obbligo di tempestiva notifica. La decisione prevede altresì che, laddove la sua applicazione porti lo stato idoneo alla produzione di un vaccino ancora non autorizzato e alla necessità della conseguente autorizzazione ai sensi della normativa sanitaria, tale esito non possa essere ritardato dalle regole sulla protezione delle informazioni riservate previste all’art. 39, par. 3, dell’Accordo TRIPS.

Non da ultimo, la decisione reca una “clausola di protezione” che esclude la contestazione delle misure assunte in virtù della medesima attraverso le forme stabilite all’art. XXIII (parr. 1, lett. b) e c) del GATT; clausola già prevista dalla decisione attuativa del par. 6 della Dichiarazione di Doha, ovvero, come si vedrà subito appresso, dal regime di favore che costituisce idealmente il “paradigma” della decisione ginevrina.

3. Dopo Doha, Ginevra: *quid novi?*

La decisione di Ginevra si conclude con una clausola di salvaguardia, che si incarica di chiarirne il rapporto con le regole di flessibilità già previste, per motivi di sanità pubblica, dalla Dichiarazione di Doha del 2001 e dai suoi provvedimenti attuativi²².

Benché la formulazione non eccella per linearità, è sufficientemente chiara la volontà della Conferenza di escludere che la decisione di Ginevra vada in qualche modo a modificare o ad abrogare qualcuna delle previsioni discendenti dalla Dichiarazione di Doha. Significativa – perché la si potrebbe considerare pleonastica – è poi l’esplicita affermazione che la

²¹ V. par. 2 della decisione di Ginevra.

²² V. par. 9 della decisione di Ginevra: «This Decision is without prejudice to the flexibilities that Members have under the TRIPS Agreement, including flexibilities affirmed in the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, and without prejudice to their rights and obligations under the TRIPS Agreement, except as otherwise provided for in paragraph 3(b). For greater certainty, this Decision is without prejudice to the interpretation of the above-mentioned flexibilities, rights and obligations outside the scope of this Decision».

decisione non pregiudica diritti e obblighi derivanti dall'Accordo TRIPS se non per quanto riguarda la deroga all'art. 31, lett. f), prevista dal paragrafo 3, lett. b): ulteriore conferma che questa sia la deroga al contempo più potente e più delicata. L'affermazione che lascia qualche interrogativo aperto è contenuta nell'ultimo periodo, nel quale si precisa che «Per maggiore certezza, questa Decisione non pregiudica l'interpretazione delle predette flessibilità [le regole di Doha, n.d.r.], diritti e obblighi [dell'Accordo TRIPS, n.d.r.] al di fuori dallo scopo di questa Decisione». Se questo «chiarimento» finale sembra coerente con il periodo che lo precede nella parte in cui si riferisce ai diritti e agli obblighi dell'Accordo TRIPS, più aperte sono le conseguenze che potrebbero trarsi dal riferimento alle «flexibilities» derivanti dalla Dichiarazione di Doha: nel momento in cui il primo periodo della clausola in discorso sancisce l'autonomia tra i due «regimi di flessibilità», questo secondo non esclude che possano esservi situazioni in cui l'interpretazione del primo, laddove la sua applicazione persegua il medesimo scopo della decisione di Ginevra, possa essere influenzata da quest'ultima, ovvero non è escluso che le due discipline possano trovare un'applicazione in combinato disposto.

In effetti, la definizione del rapporto tra quelle che possiamo definire «regole di Doha» e la decisione ginevrina è importante non soltanto per individuare le possibili conseguenze concrete di questa clausola finale, quanto, a monte, per chiarire la portata delle due operazioni, specialmente nel momento in cui il percorso che ha condotto alla decisione qui in commento muoveva dal presupposto dell'inadeguatezza delle «regole di Doha» a farsi carico del problema dell'accesso, da parte dei paesi in via di sviluppo, ai vaccini e, più in generale, ai medicinali e alle tecnologie sanitarie necessarie alla lotta alla pandemia di Covid-19.

A tal fine, occorre ricordare brevemente gli aspetti principali di tali «regole»²³ e la loro genesi. Infatti, la Dichiarazione approvata a Doha il 14 novembre 2001 dalla Conferenza ministeriale dell'OMC costituisce un atto fondamentale per comprendere il rapporto tra tutela della salute pubblica e protezione della proprietà intellettuale, per come esso viene concepito dall'organizzazione internazionale che assume la seconda tra le finalità istituzionali da perseguire nella prospettiva della creazione di un libero mercato globale. Adottata a pochi anni dall'Accordo di Marrakesh che aveva riformato il GATT e istituito l'OMC, la Dichiarazione, che si apre con il riconoscimento della «gravità dei problemi di salute pubblica che colpiscono molti paesi in via di sviluppo e a basso sviluppo, in particolare quelli derivanti da HIV/AIDS, tubercolosi, malaria e altre epidemie», affronta il problema del conflitto tra i due interessi poc'anzi ricordati e ne tenta una composizione a partire da alcune acquisizioni generali: che le regole sui brevetti offrono un importante contributo alla sviluppo di nuovi medicinali; che esse possono tuttavia generare ragionevoli preoccupazioni.

²³ Per una sintesi puntuale che ne ricostruisce i tratti essenziali alla luce della questione qui in discorso, v. R. BALDUZZI, *La liberalizzazione*, cit., spec. pp. 270-274. Per approfondire, v. E. HOEN, *Private Patents and Public Health. Changing Intellectual Property Rules for Access to Medicines*, Amsterdam, Health Action International, 2016.

pazioni circa l'aumento dei prezzi per l'accesso a tali beni; che l'Accordo TRIPS non impedisce e non dovrà impedire agli stati membri di perseguire le proprie politiche sanitarie e, in particolare, di promozione dell'accesso ai medicinali. In questa prospettiva, la dichiarazione afferma (o, talora, ribadisce) alcuni principi finalizzati a bilanciare gli interessi in questione, come ad esempio la facoltà di ogni stato di concedere licenze obbligatorie. Ma soprattutto, la Dichiarazione affida la composizione tra protezione della salute pubblica e della proprietà intellettuale a due "meccanismi di flessibilità", introdotti *ex novo* rispettivamente dai parr. 6 e 7 del documento.

Quest'ultimo ha previsto una moratoria speciale a favore dei soli paesi a basso sviluppo, che esenta tali stati dall'obbligo di applicare le norme sui brevetti e sui segreti industriali nel settore farmaceutico allo scopo di far fronte alle crisi sanitarie provocate dalla diffusione dell'HIV, della tubercolosi, della malaria e di altre malattie epidemiche²⁴. Il termine della moratoria, inizialmente fissato al 1° gennaio 2016 – termine di vantaggio, per il settore farmaceutico, se confrontato con gli altri previsti in sede di norme transitorie per la progressiva applicazione dell'Accordo TRIPS ai paesi a basso sviluppo – ha subito due proroghe ed è attualmente collocato al 1° gennaio 2033.

Ai nostri fini, tuttavia, è di interesse soprattutto la "flessibilità" prevista dal par. 6. Qui, la Conferenza riconosceva espressamente che, per i paesi dotati di capacità produttive scarse o assenti nel settore farmaceutico, le regole ordinarie sulla concessione delle licenze obbligatorie – ad iniziare da quelle previste dall'art. 31 dell'Accordo TRIPS – costituiscono strumenti insufficienti ad affrontare le esigenze di sanità pubblica provocate dalle gravi epidemie sopra menzionate; perciò, essa incaricava il Consiglio generale di mettere rapidamente a punto una soluzione che consentisse di rimuovere gli ostacoli generati dalle predette regole. Veniva così adottata dal Consiglio, il 30 agosto 2003, una decisione che istituiva il c.d. "Sistema speciale di licenze obbligatorie"²⁵, i cui contenuti sono poi stati integrati nel 2005 all'interno del testo dell'Accordo TRIPS, con il nuovo art. 31-*bis* e l'adozione di un apposito protocollo attuativo²⁶.

Anche il "Sistema speciale"²⁷, come la decisione di Ginevra, stabilisce delle eccezioni all'art. 31 dell'Accordo TRIPS, aventi ad oggetto, anche in questo caso, le lett. f) e h): da un lato, viene prevista (come nel documento ginevrino) la possibilità di derogare all'obbligo di prevalente destinazione al mercato interno dei farmaci prodotti grazie alla concessione

²⁴ V. par. 1 della Dichiarazione di Doha.

²⁵ Sul quale, il Consiglio per l'Accordo TRIPS redige un rapporto annuale: l'ultima edizione è consultabile al seguente link: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/90.pdf&Open=True>.

²⁶ L'introduzione dell'art. 31-*bis* e l'adozione del protocollo aggiuntivo sono state deliberate dal Consiglio generale dell'OMC con la decisione del 6 dicembre 2005. Benché la disciplina del "Sistema speciale" dettata nel 2003 e poi codificata nell'art. 31-*bis* nel 2005 sia stata fin da subito applicabile in base alle decisioni già menzionate, la novella dell'Accordo è formalmente entrata in vigore *erga omnes* – benché esistano discreti margini di per l'*opt out* – nel 2017, a seguito del raggiungimento delle adesioni e ratifiche a tal fine previste.

²⁷ Nel prosieguo ci riferiremo soprattutto a tale sistema parlando delle "regole di Doha".

di licenze obbligatorie e, dall'altro, viene concessa la possibilità di imputare al solo stato esportatore i costi dell'indennità da accordare al titolare del brevetto, tenendo esente lo stato importatore (un profilo, questo, non considerato nel documento ginevrino).

La circostanza che entrambi i “regimi di favore” in discorso individuino come ostacolo principale il divieto dell'art. 31, lett. f), conferma la centralità di questa norma. Infatti, nella logica dell'Accordo TRIPS, tale limite è finalizzato a impedire che il ricorso alle licenze obbligatorie possa essere sfruttato non a beneficio della popolazione dello stato concedente, ma nell'interesse dei concessionari (ed indirettamente dello stato) ad esportare il prodotto “liberato” dal brevetto. Sicché è solo in presenza di crisi sanitarie che colpiscono stati che, privi di capacità produttiva, non possono far altro che reperire i farmaci necessari attraverso la loro importazione, che l'OMC, mediante le regole di Doha, ammette la rimozione di tale divieto, dietro garanzie “secondarie” contro il rischio di aggiramento attraverso successive riesportazioni del prodotto²⁸.

Nonostante questo aspetto in comune, però, il meccanismo derogatorio congegnato dal “Sistema speciale” di Doha si presenta molto diverso da quello di Ginevra, poiché può essere impiegato anche dagli stati dotati di capacità produttiva e, anzi, sembra questa la logica di fondo del sistema: consentire ad un paese sviluppato, o comunque provvisto di un'industria farmaceutica adeguata, di concedere una licenza obbligatoria in vista dell'esportazione nei paesi in via di sviluppo che non possiedono potenziali beneficiari di licenze obbligatorie²⁹. In altri termini sono notevolmente diversi gli scenari che i due

²⁸ Le quali sarebbero di per sé lecite in applicazione del principio di esaurimento del diritto di esclusiva al momento della prima vendita, sul quale si basa il sistema c.d. delle importazioni parallele, che ha avuto una parte rilevante nello sviluppo del mercato dei farmaci: sulla lunga e articolata vicenda che ha riguardato proprio le importazioni parallele di medicinali all'interno del mercato comunitario, cfr. il quadro sintetico presente in F. CAROCCIA, *Tra diritto alla salute e tutela della concorrenza: parallel trade e diritto di accesso ai farmaci nel contesto emergenziale*, in *Diritto e salute*, 2020, n. 2, pp. 1 ss.; può essere utile precisare che, per un ordinamento, consentire l'importazione parallela di medicinali (che, di per sé, l'Accordo TRIPS non vieta) non significa necessariamente rinunciare alla trasparenza e al controllo rispetto a questo fenomeno, come dimostra la stessa esperienza dell'Unione europea che, pur consentendo tale pratica, la assoggetta ad obblighi di notificazione (v. art. 57 reg. UE 726/2004). Questo sistema è stato utilizzato in particolare per i farmaci generici, rispetto ai quali un ruolo rilevante lo hanno avuto e in parte ancora hanno le c.d. *Bolar exemptions* (in argomento cfr. A. TRIDICO, J. JABOBSTEIN, L. WALL, *Facilitating generic drug manufacturing: Bolar exemptions worldwide*, in *WIPO Magazine*, 2014, n. 3).

²⁹ Del resto, a consentire ad uno stato dotato di capacità produttiva il ricorso ad una licenza obbligatoria a beneficio esclusivo della propria popolazione basterebbe l'art. 31 dell'Accordo TRIPS, senza il ricorso al “Sistema speciale”, sicché è specialmente la prospettiva di dar luogo ad esportazioni solidali quella aperta dalle regole di Doha. Ciò non toglie che, laddove, per qualche motivo, la capacità produttiva non fosse sufficiente alla luce dell'insorgere di una crisi sanitaria di particolare gravità, anche uno stato sviluppato o comunque dotato di capacità produttiva possa avvalersi del “Sistema speciale” quale stato importatore. Tuttavia, questa ipotesi è considerata un'eccezione nell'eccezione dalle regole di Doha, le quali (v. spec. il protocollo aggiuntivo all'Accordo adottato in attuazione dell'art. 31-bis) considerano quali stati importatori soprattutto gli stati a basso sviluppo, mentre favoriscono l'assunzione di impegni, da parte degli stati dotati di capacità produttiva, a rinunciare alla facoltà di avvalersi del “Sistema speciale” in qualità di stato importatore: un impegno assunto *in primis* dall'Unione europea che ha dato attuazione alle norme internazionali in parola mediante il Regolamento n. 816/2006 e poi ha effettuato la predetta rinuncia, finalizzando la disciplina del Regolamento alla sola esportazione verso paesi terzi che non riescano a far fronte autonomamente ad una crisi sanitaria. Se tale rinuncia potesse pregiudicare l'interesse della popolazione europea, a fronte della difficoltà a reperire sul mercato interno dispositivi medici utili al contrasto al Covid-19, è stato oggetto di dibattito fin dai primi mesi della pandemia, ma la Commissione

“regimi di favore” prefigurano: nel caso di Doha, l’esportazione solidale di medicinali da stati “ricchi” a stati “poveri”; nel caso di Ginevra, l’attivazione di un circuito di esportazione/importazione limitato ai paesi in via di sviluppo, dove quelli dotati di una sufficiente infrastruttura industriale di base in ambito farmaceutico, ma finora limitati dalle regole sulla proprietà intellettuale nella produzione di vaccini anti Covid, possono accedere a deroghe a tali regole allo scopo di sviluppare le tecnologie necessarie alla produzione di vaccini da impiegare sia sui propri mercati sia a vantaggio dei paesi in via di sviluppo privi di capacità produttiva.

È dunque l’ambito soggettivo di applicazione a rendere diversi il “Sistema speciale” di Doha e quello di Ginevra, oltre che, naturalmente, quello oggettivo, essendo il primo astrattamente applicabile ad ogni medicinale e tecnologia finalizzata ad affrontare crisi sanitarie, mentre il secondo riguarda soltanto i vaccini anti Covid.

Quanto ai “marginetti di flessibilità” nell’applicazione delle condizioni previste dall’art. 31, si è già detto che entrambi i meccanismi intervengono su quelle previste alle lettere f) e h) di tale disposizione. Si può ora aggiungere che le differenze che corrono tra i due a questo riguardo tendono a confermare la diversa logica dei due regimi di favore.

Con riferimento all’art. 31, lett. h), la priorità delle regole di Doha è quella di far ricadere i costi dell’indennità in capo allo stato sviluppatore che esporta a beneficio di quello in via di sviluppo, mentre quella delle regole di Ginevra è aprire ad una determinazione equitativa che avvantaggi specialmente i programmi non lucrativi e umanitari che tali regole intendono facilitare.

Con riferimento all’art. 31, lett. f), la preoccupazione emergente dalle regole di Doha è quella di tenere ben distinti i ruoli dello stato esportatore e importatore, mentre nella Dichiarazione di Ginevra, a parte le cautele previste per impedire operazioni opportunistiche di “ri-esportazione”, viene posta in risalto la funzione che, a governare il funzionamento del regime di favore, svolgono le iniziative internazionali e regionali volte a promuovere l’accesso ai vaccini anti Covid. Del resto, per far funzionare il congegno disegnato dalla decisione di Ginevra, sembrano di particolare rilievo due tasselli che proprio l’esistenza di programmi di cooperazione internazionale può offrire e che chiamano in causa il ruolo degli stati sviluppati, i quali possono così concorrere “esternamente” alla sua operatività: un supporto tecnologico volto a sfruttare in tempi ragionevoli le licenze obbligatorie, poiché, anche nei paesi in via di sviluppo dotati di una buona industria farmaceutica, non basta accedere ai brevetti dei singoli prodotti e processi necessari alla produzione di vaccini tecnologicamente avanzati per poter arrivare rapidamente alla produzione di massa; un coordinamento dei flussi verso i paesi in via di sviluppo non dotati di capacità

ha tenuto ferma la posizione dell’Unione (si v. la risposta formulata il 13 aprile 2021 a seguito dell’interrogazione sottoscritta da alcuni membri del Parlamento europea il 26 gennaio dello stesso anno, consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000463-ASW_EN.html).

produttiva tale da gestire i costi di produzione e distribuzione e perseguire effettivamente l'equo accesso ai vaccini.

4. Successo senza precedenti, soluzione deludente o cambio di rotta? Riflessioni aperte sulla funzionalità della decisione di Ginevra ai programmi di cooperazione internazionale sui vaccini anti Covid e viceversa

Il confronto tra le regole di Doha e quelle di Ginevra pone davanti a due meccanismi che presentano logiche differenti e sono stati obiettivamente pensati in due diversi contesti. Per certi versi, la decisione di Ginevra, mostra minori margini di flessibilità del “Sistema speciale” di Doha: in primo luogo, lascia fuori gli stati sviluppati e – salvo sorprese – quelli che già sono dotati di capacità produttiva relativamente ai vaccini anti Covid, rendendo ineludibile il problema del trasferimento tecnologico che, potenzialmente, il “Sistema speciale” non pone laddove sia uno stato già attrezzato alla produzione di vaccini anti Covid a ricorrere alle licenze obbligatorie per fabbricarli a basso costo destinandoli poi ai paesi più poveri; in secondo luogo, ma tutt'altro che secondariamente, la decisione di Ginevra si applica ai soli vaccini e lascia impregiudicata l'eventuale futura estensione delle proprie previsioni ai farmaci, ai presidi medici ed altre tecnologie terapeutiche che in prospettiva accresceranno la propria importanza nella lotta al Covid-19 (specialmente in uno scenario in cui i tempi lunghi del contenimento vaccinale possono favorire lo sviluppo di varianti del virus più aggressive). In altri termini, sulla carta, le regole di Doha mostravano una portata più dirompente.

È vero però che siffatta portata ha mostrato, nella concreta esperienza applicativa, numerosi limiti. Come è stato puntualmente argomentato³⁰, il “Sistema speciale”, spesso in combinato con la moratoria di cui al par. 7 della Dichiarazione di Doha, sembra aver avuto buoni risultati – benché con gravissimi ritardi rispetto all'insorgere di questa crisi sanitaria – nei confronti della lotta all'HIV nei paesi meno sviluppati, ovvero dell'emergenza per la quale il sistema era stato pensato. Nei confronti di altre crisi sanitarie, l'impatto è stato minore e le regole di Doha paiono aver incontrato una applicazione scarsa e difficoltosa, dovuta anche all'opposizione che i paesi sviluppati hanno mostrato nel valorizzare la sua astratta estensibilità al contrasto di patologie non trasmissibili (come nel caso delle

³⁰ R. BALDUZZI, *La liberalizzazione*, cit., pp. 274-278, cui si rinvia anche per le fonti bibliografiche sulle quali l'autore fonda la propria analisi. Tra queste, è utile menzionare anche in questa sede il già ricordato studio di A. HOEN, *Private Patents*, cit. e WTO, WIPO e WHO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation (second edition). Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade (Updated Extract: Integrated Health, Trade and IP Approach to Respond to the Covid-19 Pandemic)*, Ginevra, 30 agosto 2021.

patologie oncologiche e cardiovascolari). Inoltre, il ricorso al “Sistema speciale” è stato scoraggiato anche attraverso la proliferazione dei c.d. accordi TRIPS-Plus, ovvero di trattati bilaterali o multilaterali di portata regionale che hanno condotto un significativo numero di paesi in via di sviluppo a “barattare” vantaggi nell’accesso al mercato globale con il ricorso alla flessibilità concessa dalle regole di Doha o dallo stesso Accordo TRIPS nella protezione della proprietà intellettuale. Sta di fatto che negli ultimi anni le richieste di accesso al “Sistema speciale” notificate all’OMC corrispondano a numeri ridotti e inferiori ai casi di licenza obbligatoria fondata direttamente sull’art. 31 e che l’esame delle notifiche riportate sul database dell’organizzazione evidenzia un solo caso significativo avente ad oggetto la richiesta di accesso ad un vaccino³¹.

La considerazione dei problemi applicativi incontrati dalle regole di Doha consente di sviluppare ulteriormente la riflessione sulla decisione di Ginevra.

In primo luogo, la “timidezza” che si è sopra rilevata può essere meglio ponderata alla luce della difficoltà ad applicare alla crisi pandemica e al problema dell’equo accesso ai vaccini anti Covid le regole di Doha, nonostante la flessibilità maggiore che le caratterizza in astratto: occorre uno strumento *ad hoc*, la decisione di Ginevra assolve a questa funzione e i limiti che essa sconta rispetto a Doha potrebbero generare una minore opposizione ad una sua effettiva applicazione.

In secondo luogo, proprio la vicenda applicativa che ha interessato le regole di Doha mette in guardia rispetto al rischio che, dopo il passo avanti compiuto dalla decisione di Ginevra, la sua operatività venga ostacolata mediante strumenti esterni, come avvenuto con gli accordi TRIPS-Plus. Il che porta a valutare con particolare attenzione il ruolo degli accordi regionali e della cooperazione internazionale. L’esistenza di programmi solidali di promozione dell’equo accesso ai vaccini facenti capo ai paesi sviluppati dovrebbe svolgere una funzione di garanzia rispetto a “sabotaggi” della decisione e supportarla invece dall’esterno attraverso le due modalità già sopra considerate: il sostegno al trasferimento tecnologico³² e l’assicurazione di un’equa distribuzione dei vantaggi. Un programma come il “Global mRNA technology transfer hub”, ad esempio, risponde direttamente alla prima e indirettamente alla seconda di queste esigenze, poiché è finalizzato al sostegno di una struttura di ricerca e sviluppo delle tecnologie di fabbricazione dei vaccini mRNA – nella specie, avente sede in Sud Africa – la quale è destinata anche alla formazione di équipes provenienti da altri stati in via di sviluppo³³. Un’iniziativa come questa può contribuire a

³¹ Si tratta del caso, noto nel dibattito di settore, della richiesta di licenza obbligatoria *ex art. 31-bis* dell’Accordo TRIPS presentata dalla Bolivia a fronte dell’accordo raggiunto con un’azienda canadese disponibile alla produzione di vaccini anti Covid: maggiori elementi in WTO, WIPO e WHO, *Promoting Access*, cit., p. 9, e in L. OSMAN, *Bolivia Calls on Canada to Waive Patent and Export Covid-19 Vaccines*, in *The Globe and Mail*, 9 settembre 2021.

³² Circa l’importanza di questo aspetto, v. A. ROVENTINI, *Sospensione dei brevetti e politiche d’innovazione*, in *il Mulino*, 18 maggio 2021.

³³ Per maggiori informazioni sull’iniziativa: <https://www.who.int/initiatives/the-mrna-vaccine-technology-transfer-hub>. Il progetto è sostenuto dall’OMS, dal Medicine Patent Pool e dall’Acceleratore Covax e fa capo all’Unione Africana, che ha

compensare l'insufficienza mostrata da programmi di distribuzione diretta dei vaccini da parte di stati sviluppati, come il Covax promosso dall'Unione europea³⁴. D'altro canto, non vanno sottovalutate le posizioni di chi avverte circa la necessità di sottoporre ad un controllo rigoroso anche questi stessi programmi, per i quali i partenariati pubblico-privato risultano essenziali ma rappresentano anche uno strumento da sorvegliare, giacché i primi controinteressati alla loro evoluzione sono i grandi players dell'industria farmaceutica mondiale detentori dei brevetti sui vaccini e percettori di imponenti benefici economici, fondati in grande parte su investimenti pubblici³⁵.

La valutazione della portata innovativa e del potenziale di efficacia della decisione di Ginevra nella promozione di un più equo accesso ai vaccini e nell'avanzamento della lotta alla pandemia deve tener conto, in positivo e in negativo, di questi e altri elementi che compongono il quadro internazionale e non può basarsi soltanto sul – pur imprescindibile – confronto, *per tabulas*, tra i margini di flessibilità ivi previsti e quelli a suo tempo disegnati dalle regole di Doha.

Diffidando, com'è scontato, da giudizi categorici che non si prestano ad una sede scientifica di analisi, non è possibile promuovere o condannare la decisione di Ginevra come un successo senza precedenti o una soluzione deludente, ma è possibile rilevare che essa si presti ad un cambio di rotta. Se è doveroso constatare che i primi a mostrare disponibilità a questo tipo di soluzione siano stati i paesi sostenitori dell'originaria richiesta di India e Sud Africa³⁶ – dai cui contenuti, come si è rilevato, il risultato della negoziazione ginevrina è molto lontano –, il metro per valutare il cambio di rotta non pare dunque quello di una ponderazione del risultato rispetto alle aspettative iniziali, quanto l'adozione di uno strumento che sembra poter efficacemente funzionare soltanto nel quadro di una cooperazione internazionale come quello poc'anzi accennato: circostanza che rappresenta tanto

promosso un consorzio pubblico-privato per la gestione dell'hub.

³⁴ Circa i limiti del programma e la necessità di una pluralità di strumenti, cfr. L. ARNAUDO, C. CAPORALE, E. COSTA, F. LOCATELLI, N. MAGRINI, *Lezioni da una pandemia. Per uno sviluppo condiviso e un accesso equo a cure essenziali e vaccini*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, n. 2, pp. 343 ss.

³⁵ Per questo approccio sorvegliato cfr. G2H2 – GENEVA GLOBAL HEALTH HUB, *The politics of a WHO pandemic treaty in a disenchanted world, G2H2 report*, a cura di N. DENTICO, R. VAN DE PAS, P. PATNAIK, Ginevra, Dicembre 2021, spec. pp. 39-43. Ma a riconoscere che esistano vaste iniquità nella distribuzione dei costi e dei benefici nel mercato globale dei medicinali, e nella vicenda dei vaccini anti Covid in particolare, non sono soltanto organizzazioni non governative (che, nel caso di specie che riguarda G2H2 e il rapporto poc'anzi citato, manifestano incertezze verso l'adozione di un trattato internazionale sulle pandemie), ma anche organismi di entità interstatuali (benché composti da membri indipendenti) come la Commissione paneuropea per la salute e lo sviluppo sostenibile istituita dal Consiglio d'Europa (c.d. Commissione Monti, che, invece, è tra i primi sostenitori di un nuovo strumento multilaterale come il menzionato trattato: v. oltre nel testo § 5): cfr. PAN-EUROPEAN COMMISSION ON HEALTH AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Drawing Light from the Pandemic. A New Strategy for Health and Sustainable Development, Report*, settembre 2021.

³⁶ Si vedano le posizioni espresse da questi due paesi singolarmente e poi dal gruppo sostenitore alla vigilia della Conferenza di Ginevra, disponibili all'interno del repertorio presente al seguente indirizzo web: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/documents_e.htm. Non è da escludersi che la posizione di alcuni di questi stati sia variata anche in connessione con gli altri dossiers oggetto di trattativa (tra i quali quello in materia di sussidi alla pesca, nei cui confronti paesi come l'India erano assai sensibili).

un punto di debolezza della decisione, poiché lega le sue sorti a fattori esterni, quanto un elemento di forza, in quanto si pone come strumento per far avanzare i programmi di cooperazione relativi ai vaccini anti Covid, offrendo regole di flessibilità espressamente finalizzate alla diffusione di tali vaccini e dotate di maggiore chiarezza circa i loro margini applicativi, con conseguente rassicurazione per gli stati in via di sviluppo rispetto alle resistenze, anche in sede giurisdizionale, da parte dei titolari dei brevetti.

5. Una suggestione conclusiva nella prospettiva della costituzionalizzazione del diritto internazionale sui brevetti dei farmaci (per aprire un dibattito)

Se la prospettiva del suo impiego all'interno di un più articolato quadro di cooperazione internazionale è quella nella quale la decisione di Ginevra può offrire il proprio contributo alla lotta alla pandemia, qualche spunto di riflessione finale si può formulare rispetto alla direzione che stanno prendendo i negoziati avviati per l'adozione di un nuovo trattato internazionale sulle pandemie.

All'interno di tali negoziati, che fanno capo all'OMS, è diffusa l'idea per cui il nuovo trattato dovrebbe intervenire sulle regole concernenti la protezione della proprietà intellettuale di cui all'Accordo TRIPS, con disciplina *ad hoc* cui attingere in caso di emergenze pandemiche. Secondo le posizioni espresse dagli stati meno sviluppati, tale disciplina dovrebbe essere in grado di superare la logica delle temporanee sospensioni dei brevetti e di dare agli stati in via di sviluppo strumenti più forti, senza subire resistenze e condizionamenti da parte dei paesi più ricchi; sicché un mero rinvio ai meccanismi di flessibilità previsti dall'Accordo TRIPS non sarebbe sufficiente³⁷.

Ci si può chiedere se non sia questa la via per far transitare la competenza a decidere sul bilanciamento tra tutela della salute e diritti di proprietà intellettuale in ambito farmaceutico dalla sede internazionale che, per sua missione istituzionale, è portata a dare priorità ai secondi a quella costituita al fine di perseguire la prima.

Siffatto bilanciamento, osservato dal punto di vista del nostro ordinamento e del diritto costituzionale italiano³⁸, risponde a coordinate entro le quali il perseguimento dei legittimi interessi alla protezione della proprietà industriale sui farmaci va sostenuto fino a quando non perverta le proprie finalità (lo sviluppo di una più avanzata ricerca in campo sanitario per il continuo miglioramento delle terapie) e finisca per assegnare agli investitori privati vantaggi eccessivi in quanto sproporzionati rispetto al beneficio collettivo. La vicenda dei vaccini anti Covid pone di fronte ad una situazione nella quale questa sproporzione esiste,

³⁷ G2H2 – GENEVA GLOBAL HEALTH HUB, *The politics of a WHO*, cit., spec. p. 36.

³⁸ A maggior ragione dopo la l. cost. 1/2022.

benché non si possa affermare che essa discenda soltanto dalle tutele brevettuali, giacché anche la scelta dell'Unione europea di configurare l'enorme investimento di risorse pubbliche quale prezzo per il pre-acquisto del prodotto, anziché come un investimento in senso proprio nell'impresa di produzione, ha condotto allo scenario attuale; pur consentendo, per altro verso, di arrivare al risultato in tempi sconosciuti rispetto al passato.

Se una delle prospettive³⁹ propugate dalle teorie sul c.d. costituzionalismo globale è quella della contaminazione del diritto internazionale e delle organizzazioni internazionali con i principi propri delle tradizioni costituzionali della liberal democrazia e dello stato sociale – come quelli che connotano la più avanzata esperienza di cooperazione tra stati, qual è l'Unione europea –, la negoziazione del trattato internazionale sulle pandemie potrebbe offrire l'opportunità di rafforzare l'OMS, quale “istituzione di garanzia” dei diritti sociali⁴⁰, attraendo in capo a questa organizzazione competenze finora lasciate ad una “istituzione di governo” – per impiegare il lessico di Ferrajoli – dell'economia internazionale, qual è l'OMC⁴¹. Il che avverrebbe nel momento in cui la cooperazione tra “istituzioni di garanzia” del diritto internazionale pare essersi nuovamente mobilitata rispetto ad una questione cruciale com'è la penetrazione dell'approccio One Health nelle politiche internazionali e degli stati⁴².

Se la decisione di Ginevra rappresenta un passo in questa direzione oppure il tentativo di incidere su questo processo allo scopo di trattenere all'OMC le competenze ad oggi spettante è un interrogativo che avrebbe bisogno di essere più analiticamente formulato e che, in questa sede, si può soltanto sollevare nell'auspicio che trovi seguito nel dibattito scientifico.

³⁹ Cfr. O. CARAMASCHI, *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, Torino, 2022, pp. 119 ss.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, in *Teoria politica*, 2021, n. 10, pp. 51-53.

⁴¹ La crisi di credibilità e di legittimazione delle organizzazioni internazionali in parola è, ovviamente, ben nota. Ogni obiezione che svaluti i problemi delineati nel testo facendo leva su tale crisi, tuttavia, deve trovare almeno due repliche: che le alternative al rafforzamento di tali istituzioni paiono o la loro liquidazione o la loro degenerazione; che parte di quella crisi è dovuta alla debolezza delle loro competenze nei confronti degli stati membri e dei grandi attori dell'economia e della finanza globale.

⁴² Il riferimento va all'iniziativa assunta dalla c.d. Tripartite Plus Alliance (composta da Organizzazione mondiale della sanità, Organizzazione mondiale per la sanità animale (OIE), Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) e Programma mondiale per la protezione dell'ambiente (UNEP), ovvero le quattro organizzazioni onusiane che hanno competenza su salute umana e animale, sicurezza alimentare, ambiente) a favore dell'adozione di un piano globale di azione per la One Health. Per maggiori dettagli: <https://www.who.int/news/item/01-12-2021-tripartite-and-unep-support-ohhlep-s-definition-of-one-health>.