

SINTESI TESI DOTTORATO

I SERVIZI PUBBLICI NEL WELFARE CULTURALE: INTEGRAZIONE FRA CULTURA E SALUTE

Nel presente lavoro di tesi, ci si è posti l'obiettivo di introdurre nel mondo del diritto amministrativo e, segnatamente, dei servizi pubblici, il tema del cd. *welfare culturale* sollevando temi di riflessione sulle possibili connessioni fra i servizi pubblici appartenenti alla sanità e a quelli propri dei servizi culturali.

Questa prassi non si presenta come una totale novità per l'Europa considerando che nei paesi del Nord Europa ed in Inghilterra è stata maturata un'esperienza più che trentennale nell'integrazione del sistema sanitario con quello culturale, specializzandosi così nell'assistenza olistica dei servizi ai cittadini.

A partire dagli anni ottanta, in contrapposizione al tradizionale modello cd. bio-medico, secondo il quale la malattia è riconducibile a variabili biologiche che il medico deve identificare e correggere con interventi terapeutici mirati, è stato sviluppato il cd. modello bio-psico-sociale, basato invece su un approccio integrato della medicina, in cui vengono rafforzati i rapporti con le scienze sociali e comportamentali.

Nel 1986 la Carta di Ottawa prima e l'Organizzazione Mondiale per la Sanità, dopo, hanno adottato una nuova nozione di promozione della salute per cui per "*promozione della salute si intende il processo che consente alle persone di esercitare un maggiore controllo sulla salute e di migliorarla*". Da quel momento, la dottrina e la ricerca scientifica, hanno percorso molta strada; tuttavia in Italia l'attuale sistema sanitario non sembra aver reagito con la stessa velocità - con una riforma strutturale - con cui è avvenuto il cambiamento delle esigenze dei suoi cittadini.

Nel 2019 l'OMS, raccogliendo i risultati di una copiosa produzione scientifica mondiale, ha riconosciuto e conseguentemente diffuso, il ruolo operato dalla cultura non solo in fase terapeutica sanitaria, ma altresì in fase preventiva, incentivando gli Stati ad adoperarsi per intercettare i disagi sociali ed affrontarli, solidificando le reti sociali attraverso lo sviluppo e la condivisione di nuove competenze nel mondo delle arti.

Dopo un'introduzione sul tema del *welfare* attraverso un breve confronto fra altri sistemi di *welfare*, si è inquadrata giuridicamente la tematica legata ai servizi

pubblici, alla sua evoluzione, nel corso degli anni e al principio di sussidiarietà nella sua organizzazione in cui gli enti locali svolgono un ruolo cruciale.

Il primo punto di connessione individuato è legato al ruolo dei privati i quali intervengono a supporto degli enti pubblici, con la propria attività imprenditoriale, nell'erogazione dei servizi sia nell'ambito dei servizi sanitari, sia, in modo diverso, nel contesto dei servizi culturali. Tale ruolo sembra assumere sempre di più una posizione strategica, anche nell'ambito dei servizi cd. non economici.

Un secondo punto di connessione ipotizzato afferisce al ruolo qualificato assunto, all'interno della Costituzione, sia dai servizi sanitari che da quelli culturali; l'intento dell'indagine che origina nella competenza dell'erogazione dei suddetti servizi, si sviluppa con l'analisi del principio personalistico della costituzione e si pone l'obiettivo di ricercare la possibile configurazione di un diritto alla cultura che superi le già note nozioni di tutela, valorizzazione e di fruizione al fine di riconoscere una titolarità del *diritto della persona alla cultura*. Difatti, attraverso la configurazione di una nuova immaterialità del diritto alla cultura - legata al benessere della persona - sarebbe, in tal modo, possibile affermare la conseguente esigibilità all'erogazione dei servizi culturali integrati con quelli sanitari.

In seguito si è scelto di accennare al tema del welfare generativo e dei diritti condizionati, temi che occupano la nuova frontiera della letteratura economica sulle possibili soluzioni alla ben nota problematica della crisi di un sistema di *welfare* sempre meno sostenibile. La finalità di questa panoramica si cela in un ampliamento della prospettiva normativa all'interno del più complesso assetto di decisioni politiche.

Sul tema del *policy making* e dell'*empowerment* del cittadino, nella fase conclusiva di questo lavoro si prospetta un'ulteriore tematica, quella della tutela dell'utente dei servizi pubblici in cui il cittadino diventa parte del processo che porta l'Amministrazione a programmare e pianificare i servizi a lui resi.

Nel public management emerge il diritto alla qualità dei servizi in cui il cittadino-utente, al quale viene riconosciuta l'esigibilità di un servizio, acquisisce il diritto ad un servizio efficace il cui impatto è misurabile, misurato e necessario per il miglioramento del servizio stesso. Tale direzione è così netta che sono state introdotte forme di tutela anche nell'ambito del diritto processuale, si pensi alla *class action* pubblica, che non si pone la finalità di ripristinare l'eventuale danno derivante

dall'inadempimento dell'Amministrazione, ma di conseguire un miglioramento dei servizi resi.

Tale tematica è apparsa non solo coerente con il tema dei servizi integrati, ma fondamentale per segnare le tracce di un'evoluzione che porta la programmazione e l'erogazione dei servizi pubblici attorno alle reali esigenze del cittadino utente, così delineando una ciclicità con l'origine di questo lavoro, il benessere della persona ed il ruolo dello Stato, con il supporto dei privati nella soddisfazione di tali esigenze.

Il presente lavoro ha inteso contribuire alla tematica dischiudendo il concetto del welfare culturale all'interno dei servizi pubblici e del diritto amministrativo, introducendo alcuni, fra i numerosissimi temi - tuttora aperti - legati alla connessione dei servizi culturali e sanitari. L'obiettivo è di sensibilizzare le coscienze sulla necessità di un intervento normativo che prenda atto di un cambiamento sociale ed economico e che metta il benessere olistico della persona al centro delle proprie decisioni.



Università degli Studi della Basilicata

Dottorato di Ricerca in

“Cities and landscapes: architecture, archaeology, cultural heritage, history and resources”

TITOLO DELLA TESI

“I SERVIZI PUBBLICI NEL WELFARE CULTURALE: INTEGRAZIONE FRA CULTURA E SALUTE”

Settore Scientifico-Disciplinare

“Diritto Amministrativo - IUS/10”

Coordinatore del Dottorato

Prof. **Mauro Fiorentino**

Dottorando

Dott.ssa **Teresa Maria Sgaramella**

Tutor

Prof.ssa **Giovanna Iacovone**

Sommario

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I	10
Premessa.....	10
I.1. Welfare culturale: premesse metodologiche e contenutistiche	11
I.2. Lo “stato del benessere”: definizione, origine ed evoluzione in Europa	14
a. Il modello “liberale” (Regno Unito e Irlanda).....	19
b. Il regime “conservatore” o “continentale” (Francia, Germania, Austria ed Olanda)	25
c. Il regime “social-democratico” (Svezia, Danimarca, Norvegia).....	26
d. Il welfare “mediterraneo” (Spagna, Grecia, Portogallo)	29
e. L’esperienza italiana.....	29
I.3. Il welfare in Italia: principi, strumenti e criticità del sistema italiano.....	34
I.4. Il secondo welfare	39
I.5. La scoping review dell’OMS e la legittimazione scientifica del welfare culturale: salute e cultura nelle politiche sociali innovative	44
Conclusioni	48
CAPITOLO II	50
Premessa.....	50
II.1. Il servizio pubblico: una definizione “tormentata”	51
II.2. L'evoluzione del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali.....	54
II.3. Gli interventi normativi più recenti e la giurisprudenza	57
II.4. I Servizi pubblici	61
II.5. Il principio di sussidiarietà nell'organizzazione dei servizi pubblici	64
II.6. Le forme di organizzazione e le procedure di affidamento dei servizi pubblici locali	68
II.7. La gestione dei servizi pubblici economicamente rilevanti.....	69

II.8. La gestione dei servizi pubblici privi di interesse economico.....	72
II.9. La qualificazione dei servizi sociali.....	74
II.8 Servizi pubblici essenziali.....	78
a. La disciplina dei servizi pubblici essenziali nell'ambito del diritto allo sciopero	78
b. La Commissione di Garanzia.....	80
c. Gli eventi del 2015 e l'inclusione dei servizi pubblici in tema di beni culturali fra i servizi pubblici essenziali.....	85
Conclusioni.....	89
CAPITOLO III.....	91
Premessa.....	91
III.1. La gestione integrata dei servizi: l'intervento del privato.....	92
III.2. I servizi misti pubblici privati nella fase della prevenzione.....	100
a. Il medico di base e le ASL nella determinazione dei LEA.....	102
b. I servizi culturali.....	107
c. Il ruolo chiave del terzo settore.....	130
III.3. Il servizi misti pubblici privati nella gestione e trattamento della terapia.....	136
a. Il ruolo dei privati nell'erogazione dei servizi sanitari.....	138
b. Sistema socio-sanitario italiano.....	147
III.3. Il regime di concorrenza.....	157
Conclusioni.....	167
CAPITOLO IV.....	170
Premessa.....	170
IV.1. La questione della competenza.....	171
IV.2. I diritti sociali: un comune denominatore dei diritti sanitari e di quelli culturali	183
IV.3. I Diritti sociali a confronto fra le corti: Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo	189

IV.4. Il principio personalistico della costituzione: la persona, il “vulnus” dei diritti	198
IV.5. Servizio sanitario-culturale: l’immaterialità dei beni e le possibili prospettive	205
Conclusioni	216
CAPITOLO V	218
Premessa.....	218
V.1. Welfare generativo	222
V.2. I diritti condizionati	225
V.3. Considerazioni sulla sostenibilità del welfare	229
Conclusioni	232
CAPITOLO VI	233
Premessa.....	233
VI.1. Tutela preventiva – Il tema della qualità.....	240
a. La qualità dei servizi;	243
b. La carta dei servizi	252
VI.2. La tutela successiva: la giurisdizione	261
a. L’esigibilità del diritto alle prestazioni	262
b. I diritti sovraindividuali e la <i>class action</i>	266
Conclusioni	276
Considerazioni finali	279

INTRODUZIONE

Il disegno di un percorso

Il dovere di tutela dei diritti fondamentali¹ che ricade fra i compiti dello Stato², si declina attraverso la valorizzazione di risorse già disponibili grazie alla ricerca di riscoperti utilizzi che possano rendere detta tutela sostenibile e rinnovabile.

¹ I “*diritti fondamentali*” sono tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire. Per “diritto soggettivo” si intende qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per “status” la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio. Vi sono ben quattro tesi che accompagnano la definizione di diritti fondamentali appena fornita: la prima tesi riguarda la radicale differenza di struttura tra i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali. I primi spettano ad intere classi di soggetti e gli altri a ciascuno dei loro titolari con esclusione di tutti gli altri. In tal senso, si parla anche di diritti inclusivi e diritti esclusivi, diritti universali e diritti singolari, diritti indisponibili e diritti disponibili. La seconda tesi sostiene che i diritti fondamentali, corrispondendo ad interessi e ad aspettative di tutti, formano il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica cd. dimensione “*sostanziale*” della democrazia. Questa dimensione altro non è che l'insieme delle garanzie assicurate dal paradigma dello stato di diritto: il quale, modellato alle origini dello stato moderno sulla tutela dei soli diritti di libertà e proprietà, può essere allargato - dopo il riconoscimento costituzionale come “diritti” di aspettative vitali come la salute, l'istruzione e la sussistenza - anche allo “stato sociale”, sviluppatosi di fatto in questo secolo senza le forme e le garanzie dello stato di diritto, ma solo in quelle della mediazione politica ed oggi, anche per questo, in crisi. La terza tesi riguarda l'odierna natura sovranazionale di gran parte dei diritti fondamentali. Si è visto come la nostra definizione fornisce i criteri di una tipologia di tali diritti entro la quale i “*diritti di cittadinanza*” formano soltanto una sottoclasse. Molti di questi diritti sono infatti conferiti dalle stesse costituzioni statali indipendentemente dalla cittadinanza. Infine la quarta tesi riguarda i rapporti tra i diritti e le loro garanzie: non diversamente dagli altri diritti, i diritti fondamentali consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazioni) o divieti (di lesione), i quali si differenziano dagli obblighi di riparare o sanzionare giudizialmente le lesioni dei diritti, ossia le violazioni delle loro garanzie primarie e prendono il nome di garanzie secondarie. Un maggiore approfondimento sulle teorie dei diritti fondamentali è riscontrabile nel capitolo XI del volume di L. FERRAJOLI *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia* in Collana: Storia e Società Ed. Laterza, 2007; L. FERRAJOLI *Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 4^a ed. 1998, pp. 950-963; D. ZOLO, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*. in *La cittadinanza. Appartenenza identità diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 263-292; L. LOMBARDI VALIAURI *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica del diritto in volume Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari 1998; trad. spagnola in «*Doxa*», ove sono definiti e formalizzati i concetti di aspettativa, di garanzie e di diritto soggettivo. Sulla distinzione meta-teorica tra teoria generale del diritto e dogmatica giuridica, N. BOBBIO e U. SCARPELLI, *la Teoria Generale Del Diritto Problemi E Tendenze Attuali: Studi Dedicati a Norberto Bobbio*, 1983, pp. 81 - 130.

² La Costituzione provvede alla distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regione (art. 117) e contiene i principi relativi alla ripartizione delle funzioni amministrative (art. 118) ed alle risorse finanziarie (art. 119). Alla legislazione statale spetta la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

La tutela del diritto alla salute³ è un'esigenza complessa e cangiante, d'altronde, la salute non rappresenta *"la mera assenza di malattia ma è uno stato dinamico di completo benessere fisico, mentale, sociale e spirituale"* (OMS, 1998).

Alla luce di questa consapevolezza, si muove l'attenzione ad una risorsa, il cui valore incommensurabile⁴ ci rende unici al mondo, il patrimonio culturale⁵.

Nel 2019, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha pubblicato un report⁶ in cui, raccogliendo oltre 2.000 contributi scientifici, ha dimostrato il beneficio della cultura nell'ambito dei servizi sanitari.

Tale beneficio opera in due diversi modi: in fase di prevenzione, lo sviluppo di abilità artistiche o relazionate all'arte favoriscono l'affermazione personale e combatte problemi quali la solitudine e l'isolamento svolgendo un vero e proprio lavoro di valorizzazione dell'individuo e di crescita personale; in fase di integrazione terapeutica, la somministrazione di terapie mediche, accompagnate da attività artistiche o realizzate in contesti culturali

³ L'espressione "diritto alla salute" sintetizza una pluralità di diritti quali il diritto all'integrità psico-fisica e quello ad un ambiente salubre, il diritto ad ottenere prestazioni sanitarie, alle cure gratuite per gli indigenti nonché il diritto a non ricevere prestazioni sanitarie, se non quelle previste obbligatoriamente per legge, a tutela oltre che della persona del destinatario, di un interesse pubblico della collettività.

⁴ In Italia si trovano 57 siti Unesco nella World Heritage List, a cui recentemente sono state aggiunte Padova e Montecatini, patrimonio mondiale dell'umanità e secondo gli autori di tutti gli studi rappresentano soltanto la punta di un iceberg dalle dimensioni imponenti. Anche il Fai (Fondo ambientale italiano) da anni si occupa di censire il patrimonio artistico e culturale italiano ed è dalle stime del Fai che possiamo dire che in Italia si contano oltre 4.000 musei, 6.000 aree archeologiche, 85.000 chiese soggette a tutela e 40.000 dimore storiche censite, senza considerare l'arte a cielo aperto costituita da coste, riserve e paesaggi naturali.

⁵ Valutando, invece l'incidenza del valore economico, proveniente dal patrimonio culturale, si riporta, di seguito, Secondo i dati del bilancio del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, il patrimonio italiano ha dunque un valore di almeno 986 miliardi di euro tra attività finanziarie e non finanziarie. Le opere d'arte classificate come beni mobili di valore culturale, biblioteche e archivi valgono 174 miliardi di euro (il 10,4% del nostro Pil). A fronte di questi numeri, ci sono però dei problemi rilevanti proprio in tema di conservazione e manutenzione. L'Italia è sempre agli ultimi posti per la percentuale di spesa pubblica destinata alla cultura. A fronte di una media europea pari al 2,1%, la nostra quota è pari all'1,4%. Questi dati sono stati raccolti nel 2017 in occasione di un'operazione condotta dalla Corte dei Conti in risposta ad agenzie di rating internazionale che avevano declassato il nostro Paese, ha provato a stimare il valore di questo asset.

⁶ WHO Regional Office for Europe 2019 D.FANCOURT, S.FINN *What is the evidence on the role of the arts in improving health and well-being? A scoping review. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2019* (Health Evidence Network (HEN) synthesis report 67).

(musei, teatri, siti archeologici etc.) dimostrano un maggiore impatto scientifico delle terapie somministrate. La chiave, sembra da riscontrarsi nella socialità, dopotutto l'uomo è un animale sociale, e l'arte ne rappresenta la sua massima espressione, mettendo in relazione empatica le persone attraversando lo spazio e il tempo.

L'acquisizione di tale consapevolezza rappresenta per lo Stato un'opportunità, con la conseguente responsabilità, di poter fornire una risposta al sempre più pressante problema rappresentato dalla sostenibilità dell'attuale sistema di welfare state⁷.

Una possibile soluzione alle problematiche sopra esposte, potrebbe essere rappresentata dal tema proposto da questa tesi, ovvero un sistema integrato di servizi pubblici locali socio-sanitari, con i servizi svolti nell'ambito culturale. Tale integrazione risponderebbe a molteplici esigenze:

- soddisfare una concezione olistica di salute più vicina possibile alla complessità di benessere umano;
- improntare un sistema di welfare che attraverso lo svolgimento di attività culturali o culturalmente rilevanti, sia in grado di valorizzare le abilità dei destinatari dei sostegni pubblici, che da essere costo, diventerebbero risorse così da innescare un processo virtuoso di economia culturale;
- rinnovare il concetto di fruizione del patrimonio culturale così da ristrutturare l'interesse dei finanziatori pubblici e privati (necessari per far fronte alle numerose esigenze di conservazione), a fronte di un ruolo di pubblico interesse i cui contorni vengono riscritti dalla loro funzione sociale.

Il presente lavoro di tesi partendo da un'analisi sulla condizione del welfare in Italia ed in Europa, ne descrive il percorso evolutivo sino ai giorni nostri, si da offrire alcuni spunti di riflessione finalizzati ad inquadrare le trasformazioni della connessa attività amministrativa di prestazione nel più olistico concetto di benessere.

⁷ V. FERRANTE, T. TRANQUILLO (2019), *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer Cedam; M. FERRERA, *L'analisi delle politiche sociali e del Welfare State*, in M. FERRERA (ed.), *Le politiche sociali*, Il Mulino, 2019, p. 11-54. G.A. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Laterza 2003.

Preliminarmente, alla richiamata ricostruzione evolutiva del welfare, sia sotto il profilo storico che normativo, si partirà dalla definizione del concetto di welfare, sulla base di casi ed esempi specifici, il quale emerge nelle sue diverse sfaccettature cui corrispondono diversificati modelli giuridici ed economici in ambito tanto spaziale quanto diacronico.

Si giungerà così ad esaminare il cosiddetto secondo welfare, elaborato all'interno di alcuni modelli nord europei che hanno già messo in atto un sistema di servizi integrati che coinvolgono tanto i servizi sanitari quanto quelli culturali (seguendo l'esempio dell'Inghilterra che ha sviluppato l'*Arts on prescription*).

Attraverso tali approdi espositivi si giungerà a definire il welfare culturale e la sua centrale importanza sociale a servizio della collettività.

Il tema, in particolare, è stato selezionato e sviluppato in maniera naturalmente consequenziale al percorso di dottorato svolto, nel rispetto della natura interdisciplinare del Dipartimento DICEM dell'Università della Basilicata⁸. Di fatti il periodo di collaborazione svolto prima con l'impresa culturale Matera Hub⁹, e successivamente con l'Accademia delle Belle Arti di Atene, mi ha permesso di scoprire il tema del welfare e nello specifico, del welfare culturale, dandomi l'opportunità di approfondire il ruolo delle imprese culturali nel contesto dello sviluppo dell'economia sociale, stimolando una riflessione del ruolo dell'arte nel sociale anche attraverso la partecipazione a forme di progettazione locale condivisa fra enti locali e cittadini. A tali riflessioni ha dato seguito l'approfondimento del tema prettamente giuridico dei servizi pubblici con attenzione alla competenza degli enti locali operando una ricostruzione normativa e giurisprudenziale del tema. Infine, l'analisi affronta ed intreccia i temi relativi a due punti di connessione fra i servizi sanitari e quelli culturali: il primo, indaga sul ruolo dei privati nell'erogazione dei servizi alla persona, seguendo, infatti, il modello di integrazione dei servizi socio assistenziali il ruolo dei privati, ed

⁸ <https://dicem.unibas.it/site/home/offerta-formativa/dottorati-di-ricerca.html>

⁹ <https://www.materahub.com/industrie-culturali-creative/>

in particolare del terzo settore, è possibile delineare i contorni di un'integrazione dei servizi che si sviluppano su due coordinate, quella fra il pubblico ed il privato e quella fra i servizi sanitari e quelli culturali. Si giunge, pertanto, a riconoscere tanto cruciale quanto strategico il ruolo dei privati nell'ottica dello sviluppo di un sistema di servizi integrati. Il secondo punto di connessione, afferisce allo sviluppo dei diritti sociali nell'ottica di riconoscere autonoma dignità ad un "*diritto alla cultura*" che vada oltre il concetto di cultura quale accessibilità all'istruzione, ovvero al ruolo dello Stato nella tutela o nella valorizzazione del bene culturale - *res* - al fine di disegnare un concetto di diritto alla cultura che orbiti attorno alla persona, riconoscendo il ruolo che questa assume nello sviluppo della personalità del cittadino all'interno della compagine sociale al fine di trovare accoglienza nel novero dei diritti sociali.

CAPITOLO I

Lo stato del benessere: il welfare culturale ed il suo inserimento nell'attuale welfare state

Sommario: Premessa; **1.** Welfare culturale: premesse metodologiche e contenutistiche; **2.** Lo “stato del benessere”: definizione, origine ed evoluzione in Europa; a) Il modello “liberale” (Regno Unito e Irlanda); b) Il regime “conservatore” o “continentale” (Francia, Germania, Austria ed Olanda); c) Il regime “social-democratico” (Svezia, Danimarca, Norvegia); d) Il welfare “mediterraneo” (Spagna, Grecia, Portogallo); e) L’esperienza italiana; **3.** Il secondo welfare; **3.** Il welfare in Italia: principi, strumenti e difetti del sistema italiano; **4.** Il secondo welfare; **5.** La *scoping review* dell’OMS e la legittimazione scientifica del welfare culturale: salute e cultura nelle politiche sociali innovative; Conclusioni

Premessa

Al miglioramento delle condizioni della vita dei cittadini, la Repubblica dedica il sistema di welfare, un complesso di politiche pubbliche attraverso le quali risponde al dovere costituzionale di “garantire” attivamente lo sviluppo della personalità nelle formazioni sociali. L’espressione “Stato del benessere”, entrata nell’uso in Gran Bretagna negli anni della Seconda guerra mondiale, è tradotta in italiano come Stato assistenziale¹⁰ ovvero lo Stato sociale. Nel presente capitolo, si intende fornire una definizione di Welfare culturale, nei termini e nei modi con i quali il tema si sta sviluppando nell’attuale dibattito internazionale, ripercorrendo, brevemente lo sviluppo delle politiche di Welfare in Europa ed in Italia, anche alla luce di un’evoluzione continua di benessere. Verranno, inoltre, alcune criticità

¹⁰ L’espressione “stato assistenziale” conserva, ancora oggi, una sfumatura negativa.

legate all'attuale crisi del welfare state per le quali lo sviluppo dell'integrazione dei servizi sanitari e culturali rappresenta, come si dirà nel V capitolo, una potenziale risposta.

1.1. Welfare culturale: premesse metodologiche e contenutistiche

Con l'espressione "*welfare culturale*" ci si riferisce a "*un nuovo modello integrato di promozione del benessere e della salute e degli individui e delle comunità, attraverso pratiche fondate sulle arti visive, performative e sul patrimonio culturale*"¹¹.

Si tratta di un modello articolato e complesso che presuppone necessariamente una sistematica cooperazione tra professionisti operanti in ambiti disciplinari diversi e, a fortiori, una stretta interazione fra i soggetti istituzionalmente deputati alla tutela della salute, l'apparato dedicato all'elaborazione/attuazione delle politiche sociali ed il settore artistico-culturale¹².

Alla luce delle considerazioni che precedono ed ai fini di un preliminare inquadramento generale, indispensabile nell'ambito del presente lavoro di tesi, nonché nella prospettiva di un'analisi razionale e contenutisticamente congrua (benché assolutamente scevra da pretese di esaustività), giova compiere in questa fase un duplice sforzo esegetico: ampliare il *focus* fino ad includervi il sistema del *welfare* complessivamente considerato, in una dimensione non meramente "culturale" né alla scala esclusivamente nazionale, inquadrandolo nel più complessivo concetto di "*welfare state*"¹³. Nell'ambito di tale inquadramento i paragrafi che seguono mirano altresì a delineare l'evoluzione italiana, anche nella logica eurounitaria, degli

¹¹ A. CICERCHIA, A. ROSSI GHIGLIONE, C. SEIA, *Welfare culturale in Treccani Cultura - Atlante*, 11 giugno 2020 (www.treccani.it).

¹² Opt. cit. CICERCHIA, *Welfare culturale*, p. 7

¹³ Sulla evoluzione del *Welfare State*, S.GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012 p. 28.

strumenti di promozione del benessere individuale e sociale, con particolare riguardo ai soggetti pubblici e privati coinvolti.

Nel novero dei presupposti che hanno originato l'idea di cultural welfare, sussiste un approccio di salutogenesi¹⁴. Nel 1979 il sociologo medico Aaron Antonovsky, ha elaborato l'idea della salutogenesi per cui è più importante concentrarsi sulle risorse e sulla capacità delle persone di creare salute piuttosto che sulla classica attenzione ai rischi e alle malattie. Lo sviluppo salutogenico comprende alcuni elementi chiave, tra cui l'orientamento alla soluzione dei problemi e, in secondo luogo, la capacità di utilizzare le risorse disponibili. Nel corso degli anni, questo indirizzo è diventato un concetto consolidato nella salute pubblica e nella promozione della salute¹⁵. Impegnarsi in attività culturali e creative può ridurre l'ansia, lo stress e i disturbi dell'umore¹⁶. Fra gli ambiti e le esperienze¹⁷ che aumentano l'orientamento alla soluzione dei problemi e la capacità di usare le risorse, le arti e il patrimonio culturale sono particolarmente efficaci anche considerati i loro costi¹⁸. Più in generale, *“abbattere i costi del welfare per quella componente, tutt'altro che trascurabile, legata alla povertà esperienziale del malato, producendo allo stesso tempo un notevole miglioramento della qualità della vita percepita: questa dinamica, oltre a configurare un netto aumento del benessere sociale, finirebbe per essere auto-sostenibile, perché potrebbe finanziare gli interventi culturali*

¹⁴ Il termine Salutogenesi è formato dalla parola latina *salus, salutis* = salute, e dalla parola greca *genesi* = origine, inizio, derivazione. La Salutogenesi si occupa, pertanto, delle “cause”, o meglio delle “fonti” della salute.

¹⁵ A. ANTONOVSKY *Health, stress and coping*. San Francisco, 1979; B. JOSSEY-BASS. B. LINDSTRÖM, M. ERIKSSON, *Salutogenesis*, in *Journal of Epidemiol Community Health*, 2005.

¹⁶ H.L. STUCKEY, and J. NOBEL, *The Connection Between Art, Healing, and Public Health: A Review of Current Literature* in *American Journal of Public Health*, Vol 100, n. 2. 2010.

¹⁷ A. LAMPIS, *Verso un'idea di welfare allargato. Il welfare culturale nelle iniziative della Provincia Autonoma di Bolzano*, in: *Economia della cultura*, Anno XXVII, 2017 n. 1; Antonio Lampis, Musei, accessibilità e welfare culturale. in AA.VV., *Cultura come diritto: radici costituzionali, politiche e servizi*, Associazione Civita, A&A Studio Legale, 2019, pp. 22-24; <https://www.civita.it/Associazione-Civita/Attivita/Pubblicazioni/Altre-Pubblicazioni/Cultura-come-diritto-radici-costituzionali-politiche-e-servizi>.

¹⁸ L. DI NUCCI, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente* in *La Collana degli Archivi di Stato Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea* (a cura di) C. SORBA, 2002.

*migliorativi interamente attraverso le economie di costo generate dalla migliore qualità di vita dei malati, producendo verosimilmente ampi margini di risparmio netto*¹⁹.

L'Istituto Nazionale di Statistica ha prodotto, a partire dal 2010, un sistema di Misure del Benessere Equo e Sostenibile (BES) che includono il paesaggio e il patrimonio culturale fra le dimensioni di base e un indicatore composito di partecipazione culturale; ha documentato l'effetto protettivo della partecipazione culturale per le persone con disabilità anche gravi e ha avviato una linea di ricerca di base che contempla il Welfare culturale fra le forme emergenti di welfare.

Sul fronte della ricerca, alcuni studiosi italiani sono impegnati da più versanti:²⁰, Nel 2017, la rivista Economia della cultura ha dedicato un numero²¹ a "*Cultura, benessere e salute*", con una panoramica delle buone pratiche, corredata da evidenze scientifiche, sul contributo di tutte le componenti del settore culturale e artistico, dal teatro al circo, dal museo al cinema, dalla danza alla musica, dalla prevenzione, alla promozione della salute, all'alleanza nei percorsi di cura. Le evidenze scientifiche raccolte convergono peraltro con le piste aperte delle ultime frontiere della ricerca scientifica: dalle neuroscienze, all'epigenetica, alla PNEI-Psiconeuroendocrinoimmunologia. Le esperienze culturali infatti sono correlate alle risposte biologiche dell'organismo, all'increzione ormonale, al comportamento dei geni.

¹⁹ E. GROSSI, A. RAVAGNAN, *Cultura e salute La partecipazione culturale come strumento per un nuovo welfare*. Milano, Springer-Verlag 2013.

²⁰ La ricerca, in Italia, ha esplorato il ruolo delle varie forme di partecipazione culturale sul benessere psicologico percepito e l'effetto antistress di esperienze estetiche, Cfr. GROSSI, E. SACCO, P. BLESSI, G. CERUTTI, RENATA. *The Impact of Culture on the Individual Subjective Well-Being of the Italian Population: An Exploratory Study*. Applied Research in Quality of Life, 2011.

²¹ *Cultura, salute e benessere/ Culture, Health, Wellbeing*, a cura di C. BODO e P. L. SACCO in Rivista Economia della cultura, anno 2017, n. 2

1.2. Lo “stato del benessere”: definizione, origine ed evoluzione in Europa

Letteralmente “*stato del benessere*” è il sintagma di matrice anglosassone col quale si suole alludere a quei sistemi politici, economici e sociali attraverso cui lo Stato si fa carico, con le connesse responsabilità della tutela/promozione della sicurezza ed altresì del benessere socio-economico dei cittadini²².

La dottrina italiana, nella materia *de qua*, è stata prodiga di definizioni tra cui alcune emergono per chiarezza e completezza.

In particolare meritano di essere richiamate quella elaborata da Maurizio Ferrara, a parere del quale il *welfare state* comprenderebbe “*l’insieme delle politiche pubbliche connesse al processo di modernizzazione, tramite le quali lo Stato fornisce ai propri cittadini protezione contro rischi e bisogni prestabiliti, sotto forma di assistenza, assicurazione o sicurezza sociale, introducendo specifici diritti sociali e doveri di contribuzione finanziaria*”²³.

Fiorenzo Girotti, spiega come il *welfare state* sia “*la più compiuta espressione di un’assunzione di responsabilità collettiva a fronte non solo delle molteplici situazioni di bisogno determinate da fattori naturali, ma anche, o soprattutto, di quelle che Richard Titmuss (1986) definiva come le forme di dipendenza create dall’uomo. La domanda diffusa di tutela dai rischi connessi alla povertà, alla malattia, all’insufficienza e discontinuità del reddito trova risposta in un corpo più o meno coerente di politiche assistenziali, sanitarie, previdenziali, educative e altre ancora, variamente combinate con misure economiche e di politica del lavoro*”²⁴.

Ad onor di verità, l’attitudine della compagine statale a generare benessere dipende strettamente da interventi economici a valle delle rilevanti scelte di

²² S. VOGLIOTTI, S. VATTAI, *Welfare State – Parte I, Modelli di Welfare State in Europa*, IPL 2014, p. 12 e ss.

²³ M. FERRARA, *Le politiche sociali. L’Italia in prospettiva comparata*, Il Mulino 2006.

²⁴ F. GIROTTI, *Dizionario di servizio sociale*, diretto da M. DAL PRA PONTICELLI, Carocci Faber, Roma, 2005.

stampo politico tali da garantire alla popolazione una certa quantità e qualità di risorse immediatamente disponibili, nonché dal modo in cui la società intera (principalmente famiglie e comunità locali) contribuisce a proteggere i propri membri.

Ergo, in virtù di quanto sopra precisato, risulta appropriato assumere che il *welfare state* sia considerabile alla stregua di “un’istituzione di istituzioni” o, con lessemi più tecnici ed eleganti, nonché di fonte più autorevole, “un’istituzione *integrata in un complesso sistema di interdipendenze con altre istituzioni*”, atteso altresì che il benessere collettivo deriva da un’adeguata partecipazione di Stato, famiglie e mercato²⁵.

Appare altresì utile precisare come gli studiosi tendono a distinguere tra una visione “allargata” di *welfare state* ed una “ristretta”, dove la prima include il complesso dei meccanismi di produzione e redistribuzione delle risorse mentre la seconda si focalizza su singoli e specifici ambiti di politica sociale (sostegno al reddito, politiche abitative, etc.)²⁶.

Oggetto del presente capitolo è un modello la cui nascita si colloca geograficamente e temporalmente in un Europa, più precisamente nell’Inghilterra cinque/seicentesca delle *Poor Laws* di Elisabetta I e negli Stati cd. “Illuminati” del XVIII secolo, che per la prima volta vede lo Stato impegnato a risolvere i problemi sociali scaturiti dal progresso industriale. In maniera graduale, l’intervento pubblico si sostituisce alla beneficenza clericale nell’assistenza ai nuovi poveri e nel porre rimedio a situazioni di degrado emerse con lo sviluppo dell’economia capitalistica, l’urbanizzazione e l’emigrazione di massa²⁷.

L’esperienza britannica è solitamente citata per prima in ragione di un criterio meramente cronologico, poiché i sistemi di intervento statale

²⁵ S. VOGLIOTTI, S. VATTAI, *Welfare State – Parte I, cit.*, p. 12 e ss.

²⁶ A. LIPPI, *Lecture sul welfare attuale e proposte per quello futuro* in Studi Zancan fasc. 5/2021.

²⁷ F. OLEARI, L. PATACCHIA, L. SPIZZICHINO, *Il Welfare in Europa: elementi per un confronto*, Fondazione Emanuela Zancan Onlus – Centro studi e ricerca sociale, n. 1/2001, pp. 1 e ss. (www.fondazionezancan.it).

nell'Europa centrale (Francia, Prussia ed Austria-Ungheria) non appaiono affatto ad un rango inferiore.

Si pensi alla Rivoluzione Francese ove si abbia presente la formale e solenne proclamazione dei Diritti sociali del cittadino che, tramite l'esemplare Costituzione del 1791, diverranno oggetto imprescindibile di molte altre carte costituzionali europee²⁸.

Alla fine dell'ottocento, in Prussia, il Cancelliere Otto von Bismarck introduce le prime misure di un moderno Stato sociale e favorisce le classi più bisognose con una serie di "leggi sociali" che, tuttavia, solo a partire dal 1920 assumeranno la configurazione di "politiche sociali" propriamente dette (problemi quali povertà, malattia, infortuni sul lavoro e vecchiaia verranno fronteggiati attraverso forme di assicurazione obbligatoria e coi primi assegni familiari)²⁹.

Verso la metà del ventesimo secolo, prima in Gran Bretagna e successivamente in diverse aree d'Europa, riscuote notevole successo il piano di sicurezza sociale enucleato da Lord William Beveridge, un progetto che generalizza l'assistenza a copertura di una cospicua gamma di rischi e che prevede il finanziamento della spesa sociale col ricorso alla fiscalità generale oltre alla creazione di un sistema sanitario nazionale realizzando, per tale via, già nel '48, quanto di più simile potesse esservi agli attuali sistemi pubblici di protezione e promozione sociale³⁰. Da allora si parla di

²⁸ Fu approvata dall'Assemblea Nazionale il 26 agosto del 1789 e costituirà anche il preambolo della Costituzione liberale del 1791), la Dichiarazione è ancora oggi il fondamento giuridico di tutte le costituzioni delle democrazie occidentali. Ricalcata sulla Costituzione degli Stati Uniti d'America, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, è la summa del pensiero illuminista da Montesquieu a Voltaire, da Diderot a Rousseau. I punti salienti della Dichiarazione sono la libertà di pensiero, di parola e religiosa; l'importanza della Legge (scritta) e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte ad essa; il diritto alla proprietà e alla sicurezza; la resistenza all'oppressione perpetrata dai governi sul popolo; il dovere di ogni amministratore di rendere conto all'intera società del proprio operato; la democrazia fiscale.

²⁹ G. SCROUCCU, *Prevenire per la democrazia: le ragioni politiche della nascita del welfare state dopo il 1945* in *Al posto della paura Percorsi di storia dei modelli sanitari, tra passato e futuro* (a cura di) J. PERAZZOLI, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020.

³⁰ C. GIORGI e F. TARONI, *Espansione pubblica e riorganizzazione privata. Come sono cambiati i sistemi sanitari in Italia e in Europa* in *Al posto della paura Percorsi di storia dei modelli sanitari, tra passato e futuro* (a cura di) J. PERAZZOLI, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020.

modello Beveridge che ridefinì il Servizio Sanitario Nazionale della Gran Bretagna, dove l'assistenza sanitaria viene fornita e finanziata dal governo attraverso il pagamento delle tasse, proprio come le forze di polizia o la biblioteca pubblica.

A dimostrazione ulteriore del fatto che il primato britannico si riferisce prettamente al dato cronologico, va evidenziato che il modello beveridgeano ha conosciuto la sua più riuscita espressione non in ambito anglosassone, bensì nei Paesi scandinavi³¹.

L'evoluzione dello Stato sociale³², a volerne rimarcare il carattere graduale con un'analisi più precisa, ha attraversato quattro fasi che la dottrina suole scandire come segue³³:

1. Fase di sperimentazione
2. Fase di consolidamento
3. Fase di espansione
4. Fase di istituzionalizzazione

Nella fase di sperimentazione (dal 1870 al 1914 circa) si assiste all'emanazione di corpose leggi nazionali volte ad introdurre varie tipologie di strumenti welfaristici, quale, a titolo esemplificativo, l'assicurazione sociale.

Si trattava di interventi all'epoca innovativi ma destinati a subire una brusca interruzione in occasione della Grande Guerra (1914 - 1918). Nel periodo in questione, tutte le forze politiche partecipano attivamente alla realizzazione del progresso sociale³⁴.

31 T. TREU, *Welfare state, Stato del benessere*, in *Dizionario di Storia*, 2011.

32 L. DI NUCCI, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente*, *La Collana degli Archivi di Stato Cittadinanza, Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea* (a cura di C. Sorba) pubblicato su SISSCO Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea.

33 S. VOGLIOTTI, S. VATTAI, *Welfare State – Parte I, cit.*, pp. 13 e ss.

34 Sul tema delle politiche sociali durante il periodo fascista, in Italia, si veda il lavoro di C. GIORGI, *Studi Storici* n. anno 55, 1, *FASCISMO: ITINERARI STORIOGRAFICI DA UN SECOLO ALL'ALTRO (GENNAIO-MARZO 2014)*, pp. 93-107 (15 pages), Fondazione Istituto Gramsci, in cui l'A. analizza le conclusioni più importanti della storiografia recente delle politiche sociali fasciste. L'attenzione degli storici sulla politica sociale fascista che si sviluppò nel corso degli anni '20 e, soprattutto, '30, è cresciuta a partire dall'inizio del

Durante la fase di consolidamento (dal 1914 al 1940 circa), l'insieme delle politiche sociali riceve sicuramente una migliore strutturazione: le assicurazioni sociali mantengono un ruolo di primaria importanza, all'interno del sistema però si notano anche i primi concreti impegni statali verso la tutela e la promozione del diritto all'occupazione, all'istruzione ed all'abitazione. Nel richiamato arco temporale, la linea maggiormente seguita è quella dell'austerità (razionamento delle risorse e controllo sui prezzi) poiché si teme un nuovo effetto "boom and bust"³⁵.

Segue la fase di espansione (approssimativamente dal 1940 al 1980), connotata da una evidente crescita della spesa sociale ma anche dei deficit pubblici. Trattasi di un periodo di notevole sviluppo economico (addirittura senza precedenti) che, da un lato consente l'incremento della spesa sociale e, dall'altro, mina gli stessi presupposti teorico-ideologici del welfare fino ad allora concepito: i problemi della salute, della vecchiaia e della povertà sembrano ora interessare individui e gruppi familiari o sociali isolati e tanto, ineluttabilmente, genera una marcata scissione tra "politica economica" e "politica sociale" oltre ad un ridimensionamento dell'interesse politico-istituzionale verso il progresso sociale, interesse non più collettivamente avvertito.

Per ultima, la fase storica dell'istituzionalizzazione (anni '70/'80) si caratterizza per la grande diffusione della copertura dei rischi, la ricerca di nuovi meccanismi di finanziamento e l'ulteriore incremento della spesa pubblica. I sistemi di assistenza e promozione sociale reggono finché il PIL lo

secolo grazie a contributi che hanno permesso di considerare più a fondo gli effetti del regime sulla politica sociale nazionale a lungo termine. Nel contesto italiano, fin dall'inizio del fascismo, gli obiettivi politici sono stati riconosciuti come quelli dominanti nella gestione della salute e della sicurezza sociale, ai fini principali del controllo sociale. In particolare, il dibattito sul "consenso", il grande tema dei servizi pubblici e gli effetti del ruolo del PNF, hanno guidato gli studi più importanti su questo tema. Attraverso questi contributi si è così riusciti a contestualizzare e comprendere lo Stato Sociale italiano a partire dall'esperienza fascista.

³⁵ Nel dizionario inglese, l'espressione sta ad indicare *a situation in which an economy or business regularly goes through periods of increased activity and success followed by periods of failure: The history of oil is one of boom and bust; In the gold industry, boom and bust cycles last an average of 10 years.*

consente ma cominciano a maturare le condizioni di quella che sarà, negli anni successivi, la crisi dello Stato sociale³⁶.

La dottrina, italiana e straniera, non è stata affatto avara di classificazioni in materia di modelli di *welfare* e, del resto, molteplici sono i criteri sulla base dei quali distinguere le politiche sociali, in particolare

- Strumenti utilizzati
- Regole di accesso
- Modalità di finanziamento adottate
- Assetti organizzativo-gestionali³⁷

Ai fini della presente trattazione, ci si sofferma sui quattro regimi welfaristici più diffusi a livello europeo:

a. Il modello “liberale” (Regno Unito e Irlanda)

Di derivazione beveridgeana, si pone come principali obiettivi la riduzione della povertà e dell'esclusione sociale mediante programmi di assistenza sociale a carattere non universale e sussidi da erogare previa verifica dei mezzi. Le modalità di finanziamento risultano miste (la sanità è integralmente fiscalizzata in quanto finanziata dalle tasse pagate dai cittadini, mentre le prestazioni in denaro generalmente sono alimentate dai contributi sociali versati da imprese e lavoratori.

L'esperienza inglese nasce dalla consapevolezza che non tutti i malesseri che i cittadini denunciano ai propri medici possono essere risolti con metodi medici. Vi sono infatti problemi che prescindono la medicina e che potrebbero essere indirizzati attraverso servizi “alternativi o integrativi” che potrebbero essere in grado di fornire un supporto migliore.

Gli attuali livelli di disagio psicosociale sono significativi come evidenziati dal numero di antidepressivi prescritti antidepressivi e dal numero di giorni lavorativi persi a causa dello stress e dell'ansia.

³⁶ A. LO GIUDICE, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione Europea* in *Federalismi* n. 13 del 2016.

³⁷ S. VOGLIOTTI, S. VATTAI, *Welfare State – Parte I, cit.*, pp. 18 e ss.

La spesa per gli antidepressivi nel 2006, in Inghilterra, è stata superiore 291 milioni di sterline. La necessità di ridurre dipendenza dagli antidepressivi è stata evidenziata dalla Mental Health Foundation, in quanto le prescrizioni di antidepressivi sono aumentate del 95% dal 1998 (da 18,4 milioni a 35,9 milioni nel 2008).

Una salute mentale precaria ha implicazioni su più livelli sociali, soprattutto per i costi collegati alla crescente pressione sui medici di base e operatori di assistenza primaria, e i costi sociali per gli individui e sulle loro famiglie. Nel 2004 alcune stime indicano che i problemi di salute mentale costano al paese 77 miliardi di sterline l'anno³⁸, portando così l'Inghilterra a pubblicare nel 2009 il *National Service Framework Health Improvement and Prevention: A Practical Aid to Implementation in Primary Care*, che riconosce una promozione della salute e il benessere con il sostegno sociale, portando risorse nelle comunità svantaggiate e migliorando l'infrastruttura della comunità³⁹.

Da questa consapevolezza è nato il programma *Arts of Prescription (AoP)* un programma socio sanitario parallelo e cofinanziato dal sistema sanitario nazionale e dalle fondazioni private che operano nelle arti.

Nel caso di AoP, si tratta di pratiche artistiche e creative (dalla pittura, alla danza, alla visita di luoghi del patrimonio), facilitate da artisti o musicisti e che coinvolgono gruppi di persone all'interno della comunità in cui vivono. Il primo programma, *AoP Stockport*, risale al 1994 e offre una serie di attività creative a persone con depressione da lieve a moderata, con l'obiettivo di aumentare il loro livello di benessere mentale. Nell'ultimo decennio, il numero di programmi AoP è aumentato in tutto il Regno Unito. Prescrivere arte invece che antidepressivi, per l'esperienza inglese è più efficace, non dà dipendenza e costa meno. Nel Regno Unito la necessità di ridurre la

³⁸ BUNGAY, HILARY & CLIFT, STEPHEN, *Arts on Prescription: A review of practice in the UK. Perspectives in public health*, 2010.

³⁹ L. FRIEDLI, C. JACKSON, H. ABERNETHY, J. STANSFIELD, *Social prescribing for Mental Health: A Guide to Commissioning and Delivery. Stockport: Care Services Improvement Partnership North West Development Centre*, 2009 Available at <<http://www.nmhdh.org.uk/silo/files/social--rescribingfor-mental-health-.pdf>> Last accessed 23/08/10.

dipendenza da antidepressivi è considerata prioritaria: in dieci anni, dal 1998 al 2008, le prescrizioni di farmaci dedicati sono aumentate del 95% (da 18,4 milioni a 35,9 milioni)⁴⁰. Si stima che nel 2006/2007, in UK, siano andate perse circa 13,8 milioni di giornate di lavoro a causa dello stress lavoro correlato, della depressione e dell'ansia, condizione che porta a perdere una media di 30,2 giornate di lavoro⁴¹.

Pertanto, il medico di base, laddove ritenga che il benessere del paziente prescindenda da un'indagine medica, può scrivere una "*Social prescription*", ovvero una prescrizione medica che lo porta a parlare con il cd. *Link Worker*. Il ruolo del *Link Worker* è conoscere tutte le attività culturali che vengono praticate sul territorio della comunità locale, ad esempio, club di giardinaggio, lezioni di arte, gruppi di libri, altri tipi di attività sociali, cori etc. Il principale ruolo di questo "lavoratore di collegamento" è quello di trascorrere molto più tempo con il paziente, essere in grado di parlare con loro in modo appropriato, per scoprire quali sono i loro bisogni ed indirizzarli a forme di terapia alternative o integrative. Viene rimesso al medico la valutazione per cui "la persona" oltre il paziente possa beneficiare di questo genere di servizio integrativo o sostitutivo con la medicina "tradizionale" ed è pertanto fondamentale il lavoro fianco a fianco fra medico ed il cd. *Link Worker* il cui compito è ascoltare i bisogni dei pazienti ed indirizzarli verso i servizi artistici e culturali offerti dalla zona di residenza.

In alcuni casi potrebbe accadere che questo *Link Worker* sia semplicemente in grado di indirizzare qualcuno a un programma esistente. In altri casi

⁴⁰ H.L. STUCKEY, and J. NOBEL (2010), *The Connection Between Art, Healing, and Public Health: A Review of Current Literature*. *American Journal of Public Health*, Vol 100, No. 2

⁴¹ M. JOSEPHINE WILDMAN, S. MOFFATT, L. PENN, N. O'BRIEN, M. STEER, C. HILL, *Link workers' perspectives on factors enabling and preventing client engagement with social prescribing*, *Health and Social Care in the Community*, 2019. Nel presente lavoro, gli A. approfondiscono il tema del legame fra il link worker ed i pazienti: affinché un intervento di prescrizione sociale raggiunga i suoi obiettivi, i clienti devono prima essere coinvolti in modo efficace. Un "lavoratore di collegamento" che facilita il collegamento tra i clienti e le risorse della comunità è stato identificato come una componente vitale della prescrizione sociale. Il lavoro esplora le definizioni proprie dei Link Workers del loro ruolo nella prescrizione sociale e le abilità e le qualità identificate dagli stessi lavoratori di collegamento come necessarie per un efficace collegamento con il cliente. Questo studio esplora anche le "minacce" al successo della prescrizione sociale collegata e le sfide che i lavoratori devono affrontare nello svolgimento del loro lavoro.

potrebbero aver bisogno di un contatto leggermente più stretto, potrebbero aver bisogno di passarli effettivamente a una persona che li aiuterà e introdurrà una nuova attività. E' infatti previsto che la persona si confronti con il *Link Worker* regolarmente, per parlare dell'andamento di questa esperienza culturale o artistica a cui viene introdotto per valutare assieme le sfide ed i benefici da questa derivanti. Potrebbe accadere che per alcuni potrebbe esserci un'attività davvero specifica che probabilmente avrà più benefici di altre e quindi c'è una prescrizione più mirata per quell'attività. Appare evidente, quindi che i vantaggi sono molteplici di questo sistema sono molteplici, da un lato vi è un servizio che considera la persona ed il suo benessere a 365° e dall'altra parte, diminuisce il carico di lavoro per i medici che si trovano ad affrontare solo problemi strettamente medici⁴².

La fonte di finanziamento, in Inghilterra, deriva in parte dal sovvenzionamento di organizzazioni artistiche o filantropiche, enti di beneficenza o fondi della lotteria. Alcuni servizi, invece, vengono pagati dal sistema sanitario del Regno Unito. A seguito di alcuni studi, è stato dimostrato che questi programmi di "*social prescription*" di fatto riducono i costi dell'assistenza sanitaria, motivo per cui i fondi destinati a questi programmi sono sempre maggiori.

In Inghilterra, è stato riscontrato che per ogni sterlina spesa per i *Link Worker* vengono risparmiate fino a quattro sterline del sistema sanitario; bisogna inoltre considerare il risparmio in termini di riduzioni di prescrizioni di farmaci non necessarie o di riduzione del numero di visite presso i medici di base⁴³.

⁴² Un link worker funge da referente principale per qualcuno a cui è stato prescritto nella prescrizione sociale. Insieme a quella persona, un operatore di collegamento imposta un piano d'azione personalizzato (ove appropriato), individuando ciò che è importante per l'individuo e offre aiuto e suggerimenti per i servizi della comunità sulla base di ciò. Soprattutto, un link worker offre tempo dedicato a una persona per capire cosa funziona per loro. Laddove il medico di famiglia potrebbe essere in grado di offrire una rapida conversazione da 5 a 10 minuti, un link worker impiega spesso 45 minuti per parlare con una persona.

⁴³ Sebbene il ruolo di link worker sia già stato utilizzato sotto molti nomi diversi (community connector, health advisor, community navigator per citarne alcuni), il termine link worker è entrato nel vocabolario comune solo negli ultimi anni. Ci sono oltre 1.300 operatori di collegamento che offrono il loro aiuto a persone in tutta l'Inghilterra e questo numero è ancora in aumento poiché l'obiettivo di NHS England è di avere 900.000 persone indirizzate alla

A fronte del successo di queste iniziative, si registrano ogni anno un aumento di adesioni da parte di studi medici, ospedali, ambulatori in tutto il Regno Unito

Ad esempio, a *Tower Hamlets* hanno oltre il 90% dei loro ambulatori medici impegnati in questo sistema ed il 98% dei medici, i medici generici, che hanno prescritto o segnalato benefici per i loro pazienti. Il sistema sanitario inglese (*NHS England*) si è impegnato a fornire un supporto più ampio per la prescrizione sociale e questo include il finanziamento di un migliaio di nuovi *link workers* attraverso il lavoro presso studi medici in tutto il Regno Unito per poter indirizzare le persone fino a questi programmi per aiutare con la salute del loro benessere.

La *Review of Arts and Health* ha raccolto centinaia di esperienze cercando di riassumere quali fossero i più importanti fattori del successo, innanzitutto ha aiutato l'aver un sostegno a livello superiore e l'interesse e il sostegno di coloro che sono disposti e in grado di sostenere le arti e la salute; la garanzia di un impegno duraturo da parte di tutte le persone coinvolte. Spesso richiede grande persistenza per guadagnare la fiducia dei colleghi, superare la resistenza e trovare soluzioni a problemi complessi; l'approccio allo sviluppo del servizio che sia incentrato sul paziente o sull'utente per sviluppare un servizio⁴⁴. Ci sono molti esempi di come i fornitori di servizi hanno trasformato i loro modi di lavoro e i risultati guardando un problema

prescrizione sociale entro il 2023/2024. <https://www.socialrx.co.uk/pages/what-is-social-prescribing>

⁴⁴ Carl Rogers, psicoterapeuta americano, intorno agli anni '40 ha sviluppato una metodologia d'aiuto basata sul concetto di non direttività. La terapia centrata sul cliente (Rogers volutamente abbandona il termine paziente per sottolineare l'assoluta parità tra cliente e agevolatore) divenuta, in un secondo momento, "approccio centrato sulla persona", parte dal presupposto che ogni individuo possiede la capacità di auto-comprendersi, migliorare e trovare soluzioni alle proprie difficoltà. L'approccio centrato sulla persona si fonda sul valore predominante dell'esperienza di ogni essere umano e stimola ogni individuo ad assumersi la responsabilità delle proprie scelte e dei propri vissuti. *"Il vecchio concetto di "terapia centrata sul cliente" ha lasciato il posto" all'approccio centrato sulla persona"*. In altri termini superò la tradizionale psicoterapia, ma di un punto di vista, una filosofia, un approccio alla vita un modo di essere che si addice ad ogni situazione in cui la crescita di una persona, di un gruppo, di una comunità è compresa nelle finalità. (Rogers, 1983, 6). Carl Rogers così si esprime a riguardo della sua idea delle potenzialità umane: *"non condivido il punto di vista tanto diffuso secondo cui l'uomo e' un essere fondamentalmente irrazionale i cui impulsi, se non fossero controllati, condurrebbero alla distruzione sua e degli altri. Il comportamento dell'uomo e' invece squisitamente razionale e si orienta, con una complessità sottile e ordinata, verso le mete che l'organismo gli pone."*

dal punto di vista del paziente o dell'utente e realizzando che ci sono alternative alla fornitura del servizio nello stesso modo in cui è sempre stato fatto. Certamente si riconosce anche un ruolo importante ai partenariati con tutti i tipi di organizzazioni sia all'interno dei settori artistico e del settore sanitario, ma anche grazie al coinvolgimento del settore privato, le autorità locali, le biblioteche locali, strutture educative, servizi di trasporto e gruppi comunitari. Un altro importante fattore per il successo è il personale adeguatamente formato e motivato dirette da un cd. "coordinatore artistico"⁴⁵ che possenga le competenze e i contatti per aumentare la consapevolezza e i finanziamenti, per fornire un punto focale per le attività artistiche e sanitarie dell'organizzazione e la costruzione della strategia, e per impegnarsi con artisti e agenzie esterne il cui ruolo e approccio possono differire da quelli del NHS e che possono avere difficoltà a capire e accedere al servizio sanitario, ma che hanno molto da offrire. Molto importante risulta anche trovare modi efficaci per comunicare i benefici delle arti e della salute, usando prove o esempi reali per dimostrare ciò che è possibile e per comunicare più chiaramente i risultati ottenuti. Le esperienze inglesi insegnano, pertanto che è importante avere una solida strategia per le arti e per la salute per fornire una direzione chiara e mostrare come il programma contribuirà agli obiettivi generali dell'organizzazione sanitaria statale⁴⁶.

L'esperienza inglese qui descritta ha costituito in questi anni una forma di *prescrizione sociale*. Questa prescrizione potrebbe essere usata come un'aggiunta alle terapie convenzionali nel trattamento delle malattie mentali, promuovendo l'impegno sociale.

⁴⁵ Per l'intervista alla dott.ssa Daisy Fancourt on *social prescribing and the effects of arts on our health and well-being* in cui condivide l'esperienza dell'*Art on prescription*, Vedi <http://serious-science.org/arts-on-prescription-9416>.

⁴⁶ Per un approfondimento sul tema del sistema *Arts on prescription* attuato in Inghilterra Cfr. : Nicola J. Holt, *Arts on Prescription: A review of practice in the UK*, November 2010, Perspectives in Public Health; Nicola J. Holt, *Art on prescription: Practice and evidence*, University of the West of England; J. Matthews, Bristol Arts on Referral Alliance, C. Elliott University of the West of England; *Social prescribing through arts on prescription in a U.K. city: participants' perspectives (part 1)*; T. Stickley, A. Hui, Affiliations expand.

La partecipazione alle arti (dove "arti" racchiude un'ampia gamma di attività creative) opera a due livelli: il primo livello è un livello individuale, in quanto le persone possono sperimentare un miglioramento della salute e del benessere; secondo, a livello di comunità: partecipare all'interno di un gruppo promuove l'impegno sociale e quindi l'inclusione sociale⁴⁷.

Dal punto di vista scientifico il dibattito è ancora aperto tra gli studiosi, divisi sulla effettiva efficacia di queste attività sociali sulla salute dei pazienti. Tuttavia, le prove indicano che la partecipazione ad attività creative con gli altri, promuove il benessere e l'inclusione sociale. I meccanismi coinvolti sono ancora incerti, ma è chiaro che creare qualcosa di tangibile, che sia musica, un dipinto, una danza o un giardino comunitario, genera un senso di realizzazione e un'opportunità di condivisione con gli altri⁴⁸. AoP non riguarda solo il sostegno alla guarigione per le persone con problemi di salute mentale; riguarda anche la prevenzione, aiutando le persone socialmente isolate con ansia e depressione da lieve a moderata, e le persone sole, per evitare che soccombano a malattie più gravi con tutti i relativi costi sociali ed economici per gli individui e la nostra società in generale⁴⁹.

b. Il regime “conservatore” o “continentale” (Francia, Germania, Austria ed Olanda)

Di stampo bismarckiano, è prettamente orientato alla protezione dei lavoratori e delle loro famiglie dai rischi di malattia, invalidità, disoccupazione e vecchiaia. Il modello in questione si caratterizza per il particolare coinvolgimento di famiglie ed associazioni di volontariato nei processi di socializzazione dei rischi. Esso si ispira al principio di sussidiarietà, con un intervento dello Stato esclusivamente nelle situazioni in cui venga

⁴⁷ Opt. cit. BUNGAY, *Arts on Prescription* p. 15.

⁴⁸ Carl Rogers individua tre condizioni fondamentali perché la relazione d'aiuto abbia successo e si crei il clima di fiducia indispensabile al cliente per procedere verso una chiarificazione e accettazione dei suoi vissuti emotivi e della sua esperienza, a qualsiasi livello. Queste condizioni sono: Empatia; Autenticità; Accettazione incondizionata

⁴⁹ Opt. cit. BUNGAY, *Arts on Prescription* p. 22

meno la capacità della famiglia di provvedere ai bisogni dei propri membri. I sindacati partecipano in maniera attiva al governo delle prestazioni di categoria. Risulta media la “demercificazione”, poiché lo Stato mitiga ma non azzerava la dipendenza dal mercato. Le differenze di status, classe e genere tendono a rimanere invariate⁵⁰.

c. Il regime “social-democratico” (Svezia, Danimarca, Norvegia)

In questi paesi scandinavi si adotta, nella programmazione delle politiche sociali, il principio dell’universalismo, ponendosi come obiettivo (in astratto) la protezione di tutti, indiscriminatamente, ma tenendo conto (in concreto) dello stato di bisogno individuale⁵¹. Un tratto distintivo di tale modello è lo sforzo attivo nella de-mercificazione del benessere⁵².

La Danimarca⁵³ e i paesi nordici in generale costituiscono delle varianti particolari dei modelli europei di state e *nation building*⁵⁴. Va detto subito che la Svezia e la Danimarca sono tra i più antichi e più tipici casi di stato-nazione e di conseguenza vanno studiati, alla pari di Francia, Gran Bretagna

⁵⁰ Opt. cit. BUNGAY, *Arts on Prescription* p. 30

⁵¹ Per un approfondimento sul tema del welfare europeo in ottica comparativa con quello italiano Cfr P. BROLI, *Welfare scandinavo, welfare italiano. Il modello sociale europeo*, Roma, Carocci, 2005.

⁵² S. VOGLIOTTI, S. VATTAI, *Welfare State – Parte I, cit.*, pp. 22 e ss.

⁵³ La Norvegia, naturalmente, ha una lunga storia come stato indipendente. Per molti versi la monarchia norvegese medievale può essere considerata lo stato più centralizzato e unitario del medioevo nord-europeo. In ragione di un disastro insieme ecologico e sociale avvenuto nel XIV secolo, tuttavia, le sue élites native si estinsero e lo stato cadde sotto l’egemonia danese e dell’Holstein per quasi 400 anni.

⁵⁴ Uffe Østergaard, *Pubblicazioni Stato e società civile in Danimarca: il paradosso danese La Collana degli Archivi di Stato Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea* a cura di C. Sorba.

e Spagna, più come varianti dello stato-nazione nato nell'Europa moderna⁵⁵ che non come casi di "piccoli stati"⁵⁶.

L'idea di un modello nordico di Welfare e, in generale, di socialdemocrazia, ha portato molti scandinavi a credere in una forte differenza tra le loro piccole, coerenti e pacifiche società e gli stati europei più ampi, aggressivi, e internamente contrastati. Tra i paesi nordici è proprio in Svezia e in Danimarca che questa visione ha attecchito maggiormente, nei due paesi che avevano dominato il Nord Europa innescando tra loro una competizione mortale per il mar Baltico che si consumò tra il 1500 e il 1800. Tale conflitto era nato – come vedremo – dalle realtà geo-politiche dei due stati nazione-multinazionali, entrambi impegnati ad affermare la propria egemonia sulla regione Baltica, e ha segnato profondamente il loro passato nonostante la popolazione dei due paesi abbia sostanzialmente rimosso questa storia conflittuale.

La spesa pubblica pur avendo un ruolo importante nella crescita economica, rappresenta anche una variabile chiave nella sostenibilità della finanza pubblica. L'incremento continuo dei deficit pubblici hanno innescato il bisogno di un uso più efficiente delle risorse; si analizza quindi le spese per

⁵⁵ I due stati, in competizione tra loro, hanno esercitato una forma di supremazia sulla gran parte del Nord Europa, dal tardo Medioevo in avanti. A causa di una sorta di reciproco esaurimento furono gradualmente rimpiazzati dall'egemonia russa, prussiana e inglese, e ridotti allo status di piccoli poteri statuali. I concetti di "piccolo stato" e "piccolo potere" sono analizzati, per la Danimarca in particolare, in BRANNER e KELSTRUP 2000. Secondo Branner, "un Piccolo Potere è uno stato che riconosce di non poter ottenere sicurezza in prima istanza usando le proprie capacità e che deve collegarsi all'aiuto di altri stati, istituzioni, processi o sviluppi per farlo" (H. BRANNER 1972, p. 24). Il libro di Branner sulla Danimarca allo scoppio della prima Guerra Mondiale è il lavoro fondamentale in cui si sviluppa la tesi del piccolo stato e fornisce un'introduzione sulla letteratura internazionale relativamente a quel concetto.

⁵⁶ La distinzione tra "potere debole" e "stato forte" è stata inizialmente introdotta da B. BUZAN (1983) ed è stata elaborata tra gli altri da O. WÆVER (1995) e B. HEURLIN (1996). Contrapponendo il potere militare ed economico alla forza e alla coesione sociale, Buzan ha cercato di sottolineare il fatto che l'influenza della Danimarca nella comunità internazionale è esercitata sulla base di fattori altri rispetto alla taglia e alle potenzialità militari, fattori alla cui testa sta l'idea di "sicurezza sociale" (Buzan 1993). Probabilmente non è una coincidenza che questa fonte alternativa di influenza internazionale sia stata sottolineata dalla cosiddetta "Scuola di Copenhagen" per gli studi internazionali. Quello della "società forte" non è un concetto nuovo, ma è stato ripreso di recente a seguito delle osservazioni su società molto diverse come l'Unione Sovietica e l'Italia.

il welfare sostenute dall'Italia e dai paesi scandinavi basandosi sui dati COFOG⁵⁷.

L'analisi si basa su tre delle dieci funzioni di primo livello della classificazione COFOG⁵⁸ "*expenditure on Social protection*", "*expenditure on Education*", "*expenditure on Health*".

La spesa pubblica in termini di PIL nei paesi del modello scandinavo e in quelli appartenenti al modello mediterraneo. Come si può notare essa raggiunge i livelli più alti nella maggior parte dei paesi scandinavi (55,7% in Danimarca, 57,7% in Finlandia, 50,3% in Svezia), mentre l'Italia, avente una spesa del 50,4%, rappresenta l'anomalia tra i paesi del modello mediterraneo, andandosi a posizionare appena prima della Svezia⁵⁹.

In tutti i paesi considerati la componente su cui viene speso maggiormente è la protezione sociale. La spesa per la tutela sociale è molto alta nei paesi scandinavi, la quale arriva a picchi di 24,5% e 25,4% rispettivamente in Danimarca e Finlandia; tuttavia anche in Italia la percentuale non è così distante da quella della Scandinavia (21,5%). Quando invece si analizzano i dati riguardanti la spesa per l'educazione, vi è un divario tra Scandinavia e Italia, in quanto i primi si posizionano tra i primi posti a livello europeo, la seconda invece tra gli ultimi. Per quanto riguarda le spese per l'assistenza sanitaria, la percentuale italiana risulta essere abbastanza in linea con quelle scandinave⁶⁰.

⁵⁷ *Classification of the functions of government.*

⁵⁸ La classificazione della spesa della pubblica amministrazione per funzioni adottata dalle principali istituzioni internazionali (OCSE; ONU; Eurostat; FMI) che si occupano di contabilità nazionale è articolata su 3 livelli gerarchici di aggregati contabili: divisioni, gruppi e classi. Le divisioni rappresentano gli obiettivi generali della spesa pubblica (servizi generali della Pubblica amministrazione; Difesa; Ordine pubblico e sicurezza; Affari economici; Protezione dell'ambiente; Abitazione e assetto territoriale; Sanità; Attività ricreative, culturali e di culto; Istruzione; Protezione sociale). I gruppi riguardano specifiche aree di intervento della pubblica amministrazione. Le classi identificano gli obiettivi specifici in cui si articolano le aree di intervento. La COFOG è utilizzata per effettuare confronti a livello internazionale e di conseguenza non fornisce una rappresentazione sufficientemente analitica e specifica delle singole realtà nazionali. In ambito europeo è adottata per regolamento comunitario nell'ambito del Sistema Europeo dei Conti (SEC) per cui i Paesi della UE hanno l'obbligo di fornire, insieme ai conti economici nazionali, statistiche sulla spesa delle pubbliche amministrazioni classificate per funzioni secondo i criteri della COFOG.

⁵⁹ Dati Eurostat, elaborazione dati 2018

⁶⁰ Spesa per le componenti della spesa pubblica in % di PIL, anno 2018.

d. Il welfare “mediterraneo” (Spagna, Grecia, Portogallo)

In questi paesi l'intervento pubblico è prevalentemente di tipo residuale e gli strumenti di protezione del *welfare* state si attivano solo dopo il fallimento delle reti sociali primarie nel fornire assistenza agli individui bisognosi (e tanto, purtroppo, genera non poche difficoltà nella creazione di una rete di sicurezza di base). Risulta sbilanciata la demercificazione, (elevata per determinate categorie ed esigua per altre). In tale modello è dato osservare una bassa destratificazione sociale⁶¹.

e. L'esperienza italiana

Grazie alla sua tradizione artistica, l'Italia possiede tutte le caratteristiche per potersi collocare tra i paesi leader nell'esperienza del *welfare* culturale. In primis il primato nell'offerta di luoghi culturali è indiscusso⁶². Seppur al momento in Italia sia assente una programmazione politica ed organizzativa idonea a sviluppare l'integrazione fra cultura e salute, contrariamente a quanto si possa pensare, in questo processo di cambiamento l'Italia non si trova ancora in una fase embrionale al contrario, le esperienze maturate e diffuse sul territorio sono molteplici. In altri paesi l'approccio si è diffuso precocemente e con maggiore coinvolgimento delle istituzioni (come ad esempio in Finlandia), invece in Italia si è diffuso un approccio bottom-up con diversi vantaggi sul profilo della dinamicità dell'offerta culturale. Recentemente, è stato istituito il Cultural *Welfare* Center che si occupa di promuovere le risultanze scientifiche che emergono dagli studi di settore. La

⁶¹ Per un approfondimento sulla ricostruzione del sistema di welfare in Spagna attraverso il XX secolo Cfr. L. MORENO, *Spagna, una via intermedia allo sviluppo del welfare* in Rivista Argomenti, 3/2001 pp. 115 e ss.

⁶² Dal sito ufficiale dell'UNESCO (<https://whc.unesco.org/en/list>) risulta che su un totale di 936 tra siti culturali (725), ambientali (183) e misti (28) l'Italia abbia 47 siti riconosciuti (di cui 44 culturali e 3 ambientali), un totale che farebbe quindi possedere all'Italia il 5,02% dei siti sul totale. Ma anche se prendessimo i soli siti culturali saremmo a 44 su 725: si arriverebbe solo al 6,06% sul totale di quello che forse più di ogni altra cosa si avvicina al fantomatico concetto del patrimonio artistico mondiale.

mission del centro di ricerca è quella di creare rete fra gli operatori del settore, condividere progetti e risultati, in modo tale da non appiattirsi su di un'idea statica di benessere ma, al contrario, in continua evoluzione. Una delle iniziative presenti ora in Italia è quella ospitata da Recanati, in provincia di Macerata, città natale di Giacomo Leopardi. La Fondazione IBSA, in partnership con la Divisione Cultura della Città di Lugano, ha presentato il 10 marzo 2020 il progetto strategico triennale Cultura e Salute⁶³. Alleanza per un futuro sostenibile con l'obiettivo di favorire e promuovere conoscenza, sostenere nuovi processi e progettualità sul terreno di questa alleanza per favorire il dialogo tra discipline, tra sapere umanistico e scientifico. Questo percorso ha portato la Fondazione a stringere importanti partnership con il MASI-Museo d'arte della Svizzera italiana di Lugano, il Museo Nazionale Scienza e Tecnologia Leonardo da Vinci di Milano e a collaborare dal 2018 con il MUSE-Museo delle Scienze di Trento.

Anche la Fondazione Compagnia di San Paolo ha istituito un comitato scientifico multidisciplinare volto a favorire un laboratorio di sperimentazione, ricerca e formazione che dia impulso alla creazione di un nuovo modello di *welfare* culturale.

La *FondazioneconilSud* è alla quinta edizione del programma "Welfare, che impresa!" iniziato nel 2016 In cui mette a disposizione dei premi per i migliori progetti di *welfare* di comunità⁶⁴.

Nel 2013, a Bassano del Grappa è nato il progetto *Dance Well* in cui i pazienti affetti da morbo di Parkinson danzano all'interno del museo civico della città⁶⁵.

L'elemento rilevante per cui si danza circondati da opere d'arte e si interagisce con chi visita il museo, abbatte le barriere fra il distacco del visitatore ed il coinvolgimento di chi balla. Il percorso artistico in questione

⁶³ Sui progetti sovvenzionati dalla Fondazione : <https://www.ibsafoundation.org/it/progetti/cultura-e-salute>

⁶⁴ G. MANZONI, R. PALTRINIERI, *Welfare culturale. La dimensione della cultura nei processi di Welfare di Comunità*, F. Angeli, 2021

⁶⁵ Per approfondire i dati e le metodologie utilizzate dal progetto Dance Well: <https://www.operaestate.it/it/dance-well-2>

dialoga con diverse strutture sanitarie, applicando varie strategie riabilitative, non ancora sostitutive della fisioterapia tradizionale, ma con effetti positivi sui sintomi e sulla qualità di vita delle persone con Parkinson. Il senso dell'equilibrio e del movimento migliora, si coltiva la creatività e si esplorano nuove forme di espressione. Si sviluppano relazioni interpersonali e si contrasta l'isolamento che spesso accompagna la malattia.

Degno d'essere menzionato è anche il progetto Musei Toscani per l'Alzheimer⁶⁶, una rete di musei creata con l'intento di sviluppare attività che coinvolgono le persona affette da demenza ed i loro cari. Non si tratta di mere visite ai musei, ma di un itinerario partecipato e condiviso, lungo mesi, composto da interazione creativa, quando possibile anche sensoriale, con le opere d'arte progettato da un team di professionisti che abbiano sia competenze scientifiche in ambito geriatrico ed esperienza nella cura delle demenze sia in ambito artistico, educativo e museale. La collaborazione permette di studiare percorsi che stimolino forme di comunicazione dei bisogni alternativi dia per i pazienti che per i loro cari idonei a gestire questa complessa condizione.

In Italia Palazzo Strozzi e Marino Marini hanno preso il testimone della sperimentazione artistica degli Stati Uniti⁶⁷. Difatti, nei primi anni 2000 il *Mo.Ma* di New York ha dato spazio a studi e sperimentazioni per persone con disabilità cognitive e per i loro familiari. Il progetto era nato con l'intento di rendere l'arte accessibile a tutti. Col tempo si è notato che l'interazione con l'arte diventava qualcosa di diverso dalla mera comprensione, ma diventava un vero e proprio strumento di comunicazione. Il museo Marino

⁶⁶ Per una prospettiva sul progetto: <https://www.museitoscanialzheimer.org/chi-siamo/#:~:text=Chi%20siamo%20D%20Musei%20Toscani%20per,Musei%20Toscani%20per%20l'Alzheimer&text=I%20musei%20toscani%20propongono%20da,e%20intensificare%20la%20loro%20azione>.

⁶⁷ Gli incontri organizzati presso Palazzo Marino, danno spazio di dialogare alla medicina cinese, all'agopuntura e alla pratica Shiatsu, coordinata quest'ultima dall'operatrice professionale V. BIAGIONI. *“Il benessere è percepito come una condizione di armonia tra uomo e ambiente. La qualità della vita è un fatto prevalentemente culturale, per questa ragione allestire un ciclo di incontri legati alla salute e al welfare negli spazi del Museo Marino Marini, dove abita il patrimonio più esteso e consistente del maestro pistoiese, acquisisce un valore ancora più pregnante”* continua Emma Balsimelli.

Marini ⁶⁸ sviluppa da circa dieci anni diverse linee di azione: pratica settimanale, formazione nei confronti di educatori museali e operatori geriatrici, con un metodo e linee guida che possono considerarsi ormai validate. Oggi sono più di 60 i musei toscani che, sulla scia di quella esperienza pilota, hanno formato i propri operatori e avviato progetti. Anche in Piemonte, Emilia-Romagna, Umbria e Lazio cresce il numero di istituzioni museali attive nello sviluppo di programmi mirati al benessere delle persone con demenza e delle loro famiglie. Cresce – ed è un dato della massima rilevanza – il numero di esperienze riconosciute e sostenute dalle istituzioni regionali e locali.

Pertanto, appare evidente, che in Italia emerge preponderante il ruolo delle Fondazioni tanto quanto è assordante l'assenza di una politica integrata che sia in grado di diffondere un progetto su larga scala⁶⁹.

Negli ultimi decenni, grazie alla medicina e alla tecnologia, la vita si è allungata, l'età media si è innalzata, e l'Italia ha sempre garantito una serie di strumenti di tutela per la fetta di popolazione più anziana. Questi strumenti del nostro sistema, seppur ancora fondamentali, risultano, sul lungo termine, sterili, perché puntano ad allungare la vita dell'individuo curando le malattie e la perdita di autosufficienza, a discapito della qualità della vita .

In Italia le iniziative di innovazione sociale delle comunità sono già presenti e vive sul territorio. Il welfare culturale si inizia a porre in una posizione centrale e trainante del più generale Welfare.

⁶⁸ Attraverso il convegno Arte/Scuola/Museo Palazzo Strozzi ribadisce il suo impegno verso i temi della mediazione e dell'educazione museale e si configura come un luogo di scambio di buone pratiche aperto ai professionisti del mondo della cultura e dell'educazione.

⁶⁹ M. FERRARA, *Introduzione*, in F. MAINO e M. FERRERA (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia. Quarto Rapporto sul secondo welfare in Italia 2019*, Giappichelli, Torino; M. FERRARA, *Una spinta sociale europea*, il Corriere della Sera, 9 agosto 2021; M. FERRARA, I MADAMA e F. CORTI, *I diritti sociali come risorse di potere nell'assetto multilivello dell'UE: una proposta di concettualizzazione a partire da Garanzia Giovani*, in "Rivista Politiche Sociali", 1/2021, pp. 7-25.

Un esempio chiave del Welfare di Comunità è il progetto della Scuola Achille Ardigò di Bologna in collaborazione con l'Università di Bologna, la Fondazione Innovazione Urbana⁷⁰ e il Quartiere Navile.

Il progetto ha provato a ribaltare il dogma in cui il welfare-state, il quale è relegato a soli strumenti burocratici e tayloristici, concatenazione di pesi e contrappesi sociali come la sanità, l'assistenza domiciliare, l'apparato previdenziale e contributivo. Il risultato del progetto sopracitato, quindi porta alla sostituzione del Welfare-state classico e la creazione di una Welfare di Comunità, composto da una comunità mobile ed attiva, che riesce a mettere in rete diverse iniziative di coinvolgimento trans-generazionale.

Il risultato di questo percorso mette in luce una serie di criticità, in primis la fragilità del "sistema cultura" in particolar modo se rapportato ad attività locali e spontanee, trainate dalla volontà delle associazioni, sì preziose ma spesso disarmoniche e poco efficaci sul lungo periodo, perché slegate tra loro e manchevoli di una visione di insieme. Il Welfare di Comunità deficiata, ad oggi, di una comune strategia operativa, che coinvolga i territori in maniera omogenea, che raccolga la proposta culturale e la metta in collegamento, con uno spirito di condivisione delle esperienze a livello nazionale. Spesso e volentieri alla mancanza di una linea comune nazionale si aggiunge una mancanza di collaborazione degli enti locali per la condivisione di spazi e attrezzature .

In sintesi quindi ad oggi il Welfare Culturale italiano esiste, ed è forte. E' forte grazie alla volontà delle associazioni private, a piccole realtà locali e grazie alla lungimiranza di qualche operatore degli enti comuni che mette a disposizione spazi pubblici, altresì vietati. Ma non basta. Nel corso di questa ampia analisi del caso italiano, emerge un grande assente: lo Stato, colpevole di non avere al suo interno uno strumento giuridico che stimoli e produca una messa a sistema di un Welfare Culturale statalmente strutturato, che faccia rete tra gli enti locali, stanzi fondi e che indichi bandi,

⁷⁰ <https://www.fondazioneinnovazioneurbana.it/progetto/officinacreativa>

che metta in comunicazioni le realtà culturali, puntando così a creare un sistema di Welfare nuovo.

1.3. Il welfare in Italia: principi, strumenti e criticità del sistema italiano

Quanto all'Italia, è dato evincere il carattere "sociale" del nostro Stato già dalla lettura dei primi articoli della Costituzione Italiana, norme di taglio evidentemente programmatico che esprimono limpidamente la concezione interventista tipica del socialismo moderato⁷¹.

Mentre all'articolo 2 della Legge Fondamentale italiana si evidenzia l'importanza delle "formazioni sociali" (come contesto dello sviluppo della personalità) e si sancisce la doverosità della "solidarietà sociale"⁷², l'art. 3 introduce esplicitamente e compiutamente il principio dell'uguaglianza formale dei cittadini davanti alla legge (nell'ottica della "pari dignità sociale" degli stessi) e, proseguendo nella direzione della giustizia sociale, esprime il principio dell'uguaglianza sostanziale statuendo che sia *"compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica del Paese"*⁷³.

Nell'intento di eliminare o attenuare gli "ostacoli" di cui sopra, l'Ordinamento giuridico ha accolto numerosi interventi normativi diretti a garantire a tutti i cittadini un livello minimo di benessere e configurare un vero e proprio sistema di sicurezza sociale, col palese obiettivo di rimpiazzare l'ormai obsoleto modello basato sulla beneficenza (di stampo

⁷¹ OLEARI, PETACCHIA, SPIZZICHINO, *Il Welfare in Europa: elementi per un confronto*, cit., pp. 4 e ss.

⁷² Art. 2, Cost.: *"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."* (consultabile su www.governo.it).

⁷³ Opt. cit. OLEARI, PETACCHIA, SPIZZICHINO, *Il Welfare in Europa: elementi per un confronto*, cit., pp. 4 e ss.

privatistico-volontario) e sull'assistenza (prettamente pubblicistica e condizionata al verificarsi di determinati e specifici eventi, come malattia, infortunio, invalidità, disoccupazione involontaria e vecchiaia)⁷⁴.

Alla luce della Costituzione italiana, i sussidi di disoccupazione ed altri ammortizzatori sociali dovrebbero essere concepiti alla stregua di semplici e (talora) provvisori "surrogati" del reddito atteso che, da una parte la Repubblica ("*fondata sul lavoro*") riconosce il diritto-dovere al lavoro e, dall'altra, "*promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto*"⁷⁵.

In maniera molto più specifica, il legislatore costituzionale ha riconosciuto ai cittadini una serie di diritti sociali che comportano necessariamente prestazioni a carico dello Stato: all'articolo 31 si prevede che l'Ordinamento agevoli "*con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose*"; l'art. 32 stabilisce che gli indigenti abbiano diritto a ricevere cure gratuite; il diritto allo studio è garantito anche alle persone prive di mezzi, purché capaci e meritevoli, grazie alle borse di studio, agli assegni (alle famiglie) ed alle altre "provvidenze" ex art. 34; di fondamentale importanza è l'art. 38 nel riconoscere il diritto "*al mantenimento e all'assistenza sociale*" ai cittadini inabili al lavoro e privi di risorse nonché il diritto all'educazione ed all'avviamento professionali a chi sia in condizione di svantaggio psico-fisico⁷⁶.

⁷⁴ U. ASCOLI, *Le caratteristiche fondamentali del Welfare State italiano La Collana degli Archivi di Stato: Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea* (a cura di) C. SORBA, 2018

⁷⁵ Con l'art. 4 della Costituzione, la Corte Cost. fa comprendere l'importanza attribuita del lavoro nell'ambito dello Stato, non solo come mezzo di sussistenza per sopperire ai bisogni materiali, ma anche come strumento necessario per affermare le proprie capacità e la propria personalità. Nello spirito della Costituzione, il lavoro diventa infatti lo strumento mediante il quale il singolo assolve ad una duplice funzione: da un lato realizza la propria personalità, dall'altro partecipa e contribuisce alla vita di relazione, adempiendo i doveri solidaristici di cui all'art. 2 e realizzando gli ideali di progresso e bene comune tanto cari ai Costituenti. (Sentenze Corte Cost. nn. 166 del 2012, n. 303 del 2011, ordinanze nn. 3 del 2014, 112 del 2012).

⁷⁶ L'Unione europea garantisce "*prestazioni di sicurezza sociale e servizi sociali*" finalizzati a sostenere e difendere i cittadini nell'ipotesi di maternità, malattia, infortuni sul lavoro, dipendenza o vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro. Inoltre, nel secondo comma si prevede che la tutela debba essere assicurata, incondizionatamente, ad "*ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione*". In fine, viene fatto riferimento al diritto alle "prestazioni di sicurezza sociale" e all'assistenza abitativa",

Dal punto di vista organizzativo ed attuativo, assume notevole rilievo l'art. 117 Cost., a norma del quale sono le Regioni competenti a disciplinare materie quali la beneficenza pubblica, l'assistenza di tipo sanitario-ospedaliero e quella scolastica⁷⁷.

In Italia sono tre i capisaldi dello Stato sociale:

- Servizio sanitario nazionale⁷⁸
- Assistenza sociale⁷⁹
- Sistema di previdenza sociale⁸⁰

condivisi dall'Unione, che permettano di assicurare a “*tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti*” una decorosa esistenza. Tali disposizioni contengono un'enunciazione di diritti con un costante rinvio alla legislazione degli stati membri per le concrete modalità di attuazione. Dunque, i diritti sociali dei lavoratori, degli inabili e degli indigenti contemplati dalla Carta di Nizza sono stati considerati spesso dalla dottrina italiana come diritti “*senza volto, in quanto i relativi enunciati rinviano semplicemente alle legislazioni e alle prassi nazionali ai fini della loro ricostruzione; sicché tale ricostruzione avviene di volta in volta, poiché prassi e legislazioni sono mutevoli per definizione*”.

⁷⁷ Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato. Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

⁷⁸ Il Servizio sanitario nazionale (SSN) è un sistema di strutture e servizi che hanno lo scopo di garantire a tutti i cittadini, in condizioni di eguaglianza, l'accesso universale all'erogazione equa delle prestazioni sanitarie, in attuazione dell'art.32 della Costituzione. I principi fondamentali su cui si basa il SSN dalla sua istituzione, avvenuta con la legge n.833 del 1978, sono l'universalità, l'uguaglianza e l'equità. Universalità Significa l'estensione delle prestazioni sanitarie a tutta la popolazione. Uguaglianza I cittadini devono accedere alle prestazioni del SSN senza nessuna distinzione di condizioni individuali, sociali ed economiche. Equità A tutti i cittadini deve essere garantita parità di accesso in rapporto a uguali bisogni di salute. I fondamentali del SSN sono la centralità della persona e la responsabilità pubblica per la tutela del diritto alla salute.

⁷⁹ L'assistenza sociale comprende una serie di attività finalizzate alla fornitura di prestazioni, normalmente gratuite, dirette all'eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali all'interno della società. In altre parole, comprende un insieme di attività che hanno come scopo quello di dare assistenza a persone che versano in situazioni di bisogno (famiglie, bambini, anziani, immigrati, soggetti con problemi di tossicodipendenza, ecc.). Con il D.P.R. n. 616/1977 le funzioni ed i compiti amministrativi in materia di assistenza sociale sono stati trasferiti alle Regioni ed agli enti locali mentre allo Stato è rimasto il compito di indicare gli obiettivi di politica sociale nazionale e la determinazione dei livelli essenziali dei servizi. La l. n. 382/2000 ha dettato i principi generali in materia di assistenza sociale e ha definito l'ambito di operatività dei servizi sociali. Le aree d'intervento dei servizi sociali sono molteplici, comprendendo ad esempio l'assistenza a persone anziane non autosufficienti e a soggetti disabili, la presa in carico di minori sottoposti a provvedimenti di tutela da parte del tribunale per i minorenni o l'inclusione sociale a favore di soggetti senza fissa dimora in condizioni di povertà.

⁸⁰ La previdenza sociale è un ramo della legislazione sociale nata, storicamente, in relazione alle condizioni di bisogno dei lavoratori subordinati, la tutela previdenziale è stata poi gradualmente estesa a tutti i produttori di reddito da lavoro. In Italia la più vasta organizzazione previdenziale è rappresentata dall'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS), ente in cui, con r.d. n. 1827/4 ottobre 1935, sul coordinamento e sul perfezionamento della previdenza, è stata trasformata, con più ampia sfera di azione, la

Una delle falle più gravi del *welfare state* italiano è nel modello gestionale: gli enti e gli organi preposti all'erogazione delle prestazioni socio-assistenziali sono molteplici e, di conseguenza, vi è una considerevole frammentazione degli interventi oltre ad un sistematico rallentamento della relativa macchina amministrativa⁸¹.

Altra pecca del sistema in questione è sempre consistita nel privilegiare considerevolmente i trasferimenti monetari (sussidi e pensioni) all'organizzazione ed erogazione di servizi (terziario sociale) e, sebbene l'intervento legislativo speciale su volontariato e cooperazione sociale nonché, successivamente, quello su onlus ed associazionismo di promozione sociale abbiano aumentato il livello quantitativo e qualitativo dei servizi socio-assistenziali⁸², tale crescita *“non è stata in grado di colmare vuoti storici e disuguaglianze territoriali assai rilevanti, soprattutto fra Nord e Sud”*⁸³.

Alla problematica sopra esposta, si è tentato di porre rimedio con la legge-quadro nazionale 328/2000 che mirava ad omogeneizzare la gestione dell'intero settore e ridefinire le politiche di assistenza⁸⁴.

preesistente Cassa nazionale per la previdenza sociale. Negli ultimi 50 anni, la legislazione in materia previdenziale è stata oggetto di un'incessante evoluzione. Il sistema 'tradizionale', introdotto con il d. lgs. n. 488/1968 e la l. n. 153/1969 è stato poi modificata per recuperare gli equilibri finanziari delle gestioni previdenziali, e attuare il risanamento del sistema, è quindi intervenuta la l. n. 335/1995 (cosiddetta "riforma Dini"). La l. 243/2004 (cosiddetta riforma Maroni) si è posta quindi l'obiettivo di ridurre l'incidenza della spesa pensionistica sul PIL mediante l'elevazione dell'età media di accesso al pensionamento. A decorrere dal 1° gennaio 2008 sono mutate le regole di accesso al pensionamento di anzianità con il sistema retributivo, le regole di accesso alla pensione unica di vecchiaia con il sistema contributivo, nonché le decorrenze delle pensioni.

⁸¹ Opt. cit. U. ASCOLI, *Le caratteristiche fondamentali* p. 2

⁸² Per un approfondimento sul ruolo delle Onlus nel Welfare State, vedasi: E. VIVALDI, *“Garanzia dei diritti sociali e ruolo degli enti non profit. Alcune considerazioni a margine del disegno di legge delega per la riforma fiscale e assistenziale (ddl n. 4566) e dei primi provvedimenti di un governo tecnico”*, in *Rivista AIC (Associazione Italiana Costituzionalisti)* n. 2/2012 del 17/04/2012, pag. 1 e ss. (www.rivistaaic.it).

⁸³ U. ASCOLI, A. SICORA, *Servizio sociale e welfare in Italia: la necessità di una nuova «grammatica» per le politiche pubbliche. Nota introduttiva*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, n. 1/2017, pp. 9 e ss.

⁸⁴ OLEARI, PETACCHIA, SPIZZICHINO, *Il Welfare in Europa: elementi per un confronto*, cit., pp. 4 e ss.

Il citato riferimento normativo prevede, per le persone anziane, la creazione di una rete di servizi coordinati sul territorio che permettano loro di restare in casa beneficiando dell'opportuna assistenza domiciliare o che ne favoriscano l'inserimento in attività lavorative/socialmente utili/ricreative agevolandone altresì i piccoli spostamenti⁸⁵.

Altre misure concernono invece la riduzione delle tariffe sui servizi di fornitura energetica o l'esenzione TARI, oltre a sussidi straordinari, per redditi al di sotto della soglia minima⁸⁶.

In ordine alla socializzazione, sono previste strutture ricreative/sociali/estive e, nell'ambito dei servizi residenziali, anche comunità-alloggio, case protette e case di riposo⁸⁷.

Relativamente agli strumenti pensionistici, notoriamente nel nostro Paese coesistono forme di erogazione pecuniaria essenzialmente assistenziali (pensioni sociali, d'invalidità o di guerra) destinate a soggetti deboli o privi di reddito o di altra tutela assicurativa, ed erogazioni di taglio sicuramente previdenziale connesse al lavoro svolto.

Le risultanze di diversi studi statistici⁸⁸, mettono in evidenza come proprio il sistema pensionistico dreni il 50% (se non oltre) delle risorse destinate alla spesa sociale complessiva del nostro Paese (già di per sé nettamente inferiore a quella di molti altri Stati membri dell'Unione Europea) mentre al settore della Sanità pubblica, che pur non si colloca a livelli "infimi" nelle

⁸⁵ G. LAMURA, C. GORI, C. HANAU, F. POLVERINI, C. TOMASSINI A. PRINCIPI, *L'informazione statistica sull'assistenza agli anziani in Italia*, Rapporto indagine luglio 2005 Presidenza Del Consiglio Dei Ministri, Commissione Per La Garanzia Dell'informazione Statistica.

⁸⁶ art. 1, comma 649, secondo periodo, della legge n. 147 del 2013

⁸⁷ Si pensi al principio universalistico espresso dall'art. 2 del "*Regolamento Regionale attuativo della legge regionale 10 luglio 2006, n. 19*" della regione Puglia la quale disciplina l'attuazione della Legge Regionale 10 luglio 2006, n. 19, "Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini di Puglia" per cui "*Il sistema integrato dei servizi sociali ha carattere di universalità, essendo destinato alla generalità dei soggetti; i Comuni, pertanto, assicurano adeguate modalità di accesso ai servizi ed alle prestazioni erogate, con carattere di omogeneità delle condizioni di accesso e delle caratteristiche del servizio su tutto il territorio dell'Ambito.*"

⁸⁸ Rapporto n.8 anno 2021 - *il bilancio del sistema previdenziale italiano, Andamenti finanziari e demografici delle pensioni e dell'assistenza per l'anno 2019*", A cura del Centro Studi e Ricerche di Itinerari Previdenziali

classifiche di respiro continentale, è riservato circa il 25% della spesa di cui sopra (comunque al di sotto della media UE).

In dottrina, ai fini della soluzione dei problemi sopra descritti, si caldeggia la via del *welfare mix* o *secondo welfare* (v. par. 3 del presente capitolo) e, segnatamente, di un maggior coinvolgimento di enti e risorse di tipo privato⁸⁹.

Ad onor del vero, la spesa sociale privata in Italia risulta essere estremamente bassa rispetto a quella riscontrabile nell'Europa centro-occidentale ma le famiglie italiane, anche negli anni della crisi economica globale, non hanno affatto perso la tradizionale attitudine al risparmio mosse principalmente dal timore di future ed eventuali contrazioni del reddito: investendo i risparmi in strumenti finanziari ed assicurativi a finalità sociale o in servizi socio-assistenziali, si potrebbe aumentare l'occupazione giovanile, ridurre il peso sopportato dalle famiglie con bambini e/o anziani a carico, aumentare il PIL e, per tale via, promuovere veramente il benessere e la sicurezza della Comunità in generale. Un ruolo di fondamentale importanza potrebbe in tal caso essere svolto dalle fondazioni bancarie (già attivissime nella promozione del terziario locale) e, per rimanere in ambito privato, dalle aziende: benché le prestazioni sociali non obbligatorie erogate dalle imprese (cd. *Welfare aziendale*) stentino a decollare nel nostro Paese, un adeguato sistema di incentivi fiscali e contrattuali potrebbe spingere la classe imprenditoriale a partecipare più incisivamente al "progresso sociale" italiano⁹⁰.

1.4. Il secondo welfare⁹¹

È dato riscontrare che, da almeno quindici anni, i Paesi europei stiano compiendo faticosi sforzi nell'ammodernamento e miglioramento dei propri

⁸⁹ F. MAINO, M. FERRARA, *Primo rapporto sul secondo welfare*, cit., pp. 10 e ss.

⁹⁰ *Per un approfondimento sul welfare aziendale nel nostro paese*, Cfr G. MALLONE, *Il secondo welfare in Italia; esperienze di welfare aziendale a confronto*, Working Papers Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 3/2013 .

⁹¹ Con il termine secondo welfare (noto in Europa anche come welfare community) si intende l'insieme di politiche sociali garantite da soggetti non-pubblici, come imprese, parti sociali e

modelli sociali, sistemi che ben si attagliavano a strutture economiche e demografiche ormai superate. Il processo di riforma risulta ispirato a principi comuni concepiti e caldeggiati a livello sovranazionale⁹²: *“sostenibilità ed efficienza, flexicurity, inclusione, protezione sociale come “fattore produttivo”, partnership fra pubblico e privato, priorità agli investimenti a favore di donne e bambini e volti a fronteggiare i “nuovi rischi”*⁹³.

Tuttavia, benché molti Stati membri dell’Unione Europea abbiano modificato il proprio sistema pensionistico muovendosi nell’ottica di una maggiore sostenibilità finanziaria, nonostante mercati e politiche del lavoro siano stati riformati secondo principi di condizionalità ed attivazione, fatto salvo qualche evidente (ma altresì esiguo) progresso nella tutela delle donne, dei bambini e dei soggetti in condizione di non autosufficienza, il bilancio complessivo rimane a dir poco deludente: i meccanismi della spesa sociale e l’apparato istituzionale del welfare pubblico appaiono ancora considerevolmente simili a quelli vecchi e tanto, purtroppo, si verifica in particolar modo nel nostro Paese con un modello pensionistico ipertrofico e rimarchevoli squilibri in danno del *“nuovo welfare”*, nonché perduranti problemi di sostenibilità ed efficienza⁹⁴.

Una spiegazione cristallina ed esauriente della problematica sopra esposta è rinvenibile nelle parole del politologo Maurizio Ferrara: *“Il fatto è che la strategia di modernizzazione dello Stato sociale sin qui seguita si è basata su una premessa troppo ambiziosa e forse irrealistica sul piano politico.*

organizzazioni del Terzo Settore, che si affiancano al Welfare State di natura pubblica per garantire risposte a specifici rischi e bisogni sociali.

⁹² Per affrontare gli effetti della crisi economica del 2008, un numero crescente di attori privati, sia profit che appartenenti al Terzo Settore, si sono impegnati nello sviluppo di interventi di welfare che affiancassero le politiche sociali "tradizionali" messe in campo dagli attori pubblici. A causa dell'aumento dei bisogni sociali e della concomitante politica di austerità promossa da diversi governi, i Welfare State occidentali hanno infatti dimostrato sempre più difficoltà nell'affrontare le necessità dei propri cittadini. Da qui l'ingresso nell'*arena del welfare*" di sempre più realtà interessate a contribuire allo sviluppo di iniziative che potessero permettere di affrontare rischi e bisogni sociali sempre più numerosi e complessi. Quindi il ruolo iniziale del secondo welfare, destinato ad affiancarsi al primo, consiste principalmente nella mitigazione delle conseguenze devastanti della crisi.

⁹³ *Primo rapporto sul secondo welfare*, a cura di F. MAINO, M. FERRARA, *Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi*, anno 2013, pp. 7 e ss.

⁹⁴ F. MAINO e L. BANDERA, *Secondo welfare, ci possiamo fidare?*, su rivista *Vita*, 8 maggio 2019

Prendendo atto dei vincoli finanziari, si era dato per scontato che le riforme potessero avvenire principalmente tramite “ricalibrature” interne al welfare pubblico: meno pensioni, più servizi sociali; meno ai padri, più ai figli; meno risarcimenti, più opportunità. Sul versante dell’efficienza, si sperava che l’adozione dei nuovi approcci di public management desse a sua volta risultati rapidi, significativi e politicamente accettabili. Qualche passo in queste direzioni è stato realmente compiuto. Ma la via della ricalibratura si è scontrata (non solo in Italia) con l’enorme forza di resistenza degli interessi costituiti intorno ai cosiddetti entitlement programmes, ossia gli schemi assicurativi basati su spettanze e diritti acquisiti. Le riforme pensionistiche hanno lasciato indenni intere generazioni di lavoratori ed entreranno a regime (con i loro risparmi, peraltro resi più esigui dal persistente invecchiamento della popolazione) solo verso la metà di questo secolo. Le risorse pubbliche da “spalmare” fra i vari programmi sono risultate davvero poche: il sostegno ai nuovi rischi e bisogni, alle donne, ai bambini, agli anziani fragili deve così aspettare. Soprattutto nel Sud Europa, la riorganizzazione degli estesi apparati pubblici di erogazione e servizio è proceduta molto lentamente, anch’essa ostacolata da resistenze istituzionali, politiche, sindacali.”⁹⁵.

La soluzione prospettata dalla dottrina consiste nell’introduzione di un *secondo welfare*, un nuovo insieme organico di regole e strumenti di promozione sociale che, lungi dal sostituire il primo assetto, si affianchi allo stesso in un rapporto di complementarità e che, pur restando fedele ai principi ispiratori del sistema pregresso, aggiunga non pochi elementi di novità basati sul maggior coinvolgimento di soggetti privati (assicurazioni private e fondi di categoria, fondazioni bancarie ed altre organizzazioni filantropiche, imprese, sindacati, associazioni, etc.), sulla valorizzazione funzionale di enti o settori pubblici e, infine, su nuove forme di cooperazione

⁹⁵ Opt. cit. F. MAINO e L. BANDERA, *Secondo welfare*, p. 8

tra pubblico e privato (tra Pubblica Amministrazione, società ed organizzazioni del terzo settore)⁹⁶.

Nella sua definizione classica il secondo welfare è inteso come *“un mix di protezione e investimenti sociali a finanziamento non pubblico, forniti da una vasta gamma di attori economici e sociali collegati in reti caratterizzate con forte ancoramento territoriale, ma aperte al confronto e alle collaborazioni trans-locali, che va progressivamente affiancandosi al primo welfare di natura pubblica ed obbligatoria”*⁹⁷

Nella sua definizione classica il secondo welfare è inteso come *“un mix di protezione e investimenti sociali a finanziamento non pubblico, forniti da una vasta gamma di attori economici e sociali collegati in reti caratterizzate con forte ancoramento territoriale, ma aperte al confronto e alle collaborazioni trans-locali, che va progressivamente affiancandosi al primo welfare di natura pubblica ed obbligatoria”*⁹⁸.

Finalità del *secondo welfare* non è (e non può essere) la sostituzione della spesa pubblica con erogazioni di fonte privata, bensì, l’allocazione razionale ed efficiente di risorse aggiuntive in funzione di nuove e crescenti esigenze socio-economiche: il primo modello *“non viene messo in discussione nella sua funzione redistributiva e produttiva di base, ma solo integrato dall’esterno laddove vi siano domande non soddisfatte”*⁹⁹.

L’ambizioso “progetto” sopra illustrato, prescindendo totalmente dall’astrattezza di speculazioni meramente teoriche, prende all’opposto le mosse da un attentissimo studio delle più virtuose esperienze continentali di *welfare mix*, dunque, dall’analisi di proficui intrecci di iniziativa privata con incentivi pubblici (di fonte anche comunitaria) dove lo Stato, anche lasciando

⁹⁶ Primo welfare (il Welfare State pubblico) e secondo welfare non devono essere considerati come due elementi contrapposti. Al contrario si integrano vicendevolmente per affrontare al meglio i bisogni sociali dei cittadini. Dunque le risorse provenienti dal settore di secondo welfare non si pongono in sostituzione alla spesa pubblica, bensì vengono viste come risorse aggiuntive in risposta ai crescenti bisogni di un contesto sempre più complicato come quello socio-economico.

⁹⁷ F. MAINO e L. BANDERA, *Secondo welfare, ci possiamo fidare?*, su rivista *Vita*, 8 maggio 2019

⁹⁸ Opt. cit. MAINO e L. BANDERA, *Secondo welfare* p. 10

⁹⁹ Opt. cit. MAINO e L. BANDERA, *Secondo welfare* p. 12

cospicio spazio agli enti locali, non ha comunque rinunciato ad assumere un ruolo di monitoraggio, valutazione e sanzione tramite meccanismi non eccessivamente appesantiti dalla “burocrazia”¹⁰⁰.

Esempio più che ammirevole di *secondo welfare* è certamente quello realizzato in Svezia che, fino a dieci anni fa, risultava modello ineguagliato di *welfare* universale pubblico: nati dalla collaborazione tra sindacati svedesi e compagnie assicurative, validi schemi privati di assicurazione del reddito, cui hanno aderito soprattutto i lavoratori più giovani, hanno permesso di porre rimedio alla contrazione dei sussidi di disoccupazione (aumentandoli nell’importo o prolungandone l’erogazione).

Il settore probabilmente più emblematico in cui si siano approntati positivi meccanismi di *welfare mix* è quello dei servizi alla persona e tanto è dovuto al notevole aumento della popolazione anziana ed alla crescita dell’occupazione femminile, con la conseguente necessità di potenziare il “terziario sociale” nel campo della salute, dell’assistenza, dell’istruzione e, più genericamente, della facilitazione della vita quotidiana (non è casuale che, in Francia e Gran Bretagna, il settore predetto dia impiego a quasi cinque milioni di persone fisiche). Gli interventi *de quibus* sono stati attuati grazie all’apporto di micro-imprese giovanili ma anche di vere e proprie multinazionali dei servizi (a titolo esemplificativo, si rileva che due terzi degli asili olandesi siano oggi gestiti da una grande società inglese)¹⁰¹.

Soggetti sempre più impegnati a livello europeo sul fronte del *secondo welfare* sono le (grandi) imprese e, ancora una volta, gli esempi più fulgidi sono collocabili nella parte centro-settentrionale del continente: secondo le

¹⁰⁰ G. MALLONE, *Il secondo welfare in Italia: esperienze di welfare a confronto, Paper for the Espanet Conference “Risposte alla crisi: esperienze, proposte e politiche in Italia e in Europa”* Roma, 2012.

¹⁰¹ *Gli interventi di secondo welfare si caratterizzano per il tentativo di sviluppare forme di innovazione sociale, modelli di governance condivisi e caratterizzati dall’empowerment dei beneficiari. Di recente, il secondo welfare ha subito una forte espansione nata dall’esigenza di fronteggiare la sempre più evidente crisi dello Stato Sociale nel fornire soluzioni ai problemi che colpiscono direttamente i cittadini e le cittadine. Tra le concause che hanno contribuito a tale situazione di crisi possiamo annoverare: mutamenti socio-demografici epocali, scarsi investimenti pubblici per affrontarli e, più recentemente, la crisi seguita alla pandemia di Covid-19 che ha accelerato e aggravato problemi già presenti.*

stime dell'Ocse, le prestazioni “non obbligatorie” erogate dalle imprese costituiscono attualmente circa il quattordici per cento della spesa sociale complessiva in Gran Bretagna, circa il sette per cento in Francia, Germania e Svezia¹⁰². È proprio nello sviluppo del *welfare* aziendale che si confida ai fini di un alleggerimento della pressione sul bilancio pubblico, di un rafforzamento dei legami tra imprese e territori e della fidelizzazione dei dipendenti alla co-promozione del sistema misto.

1.5. La scoping review dell'OMS e la legittimazione scientifica del welfare culturale: salute e cultura nelle politiche sociali innovative

Da vari anni ormai, scienziati e professionisti impegnati in settori disciplinari eterogenei assumono che la cultura possa incidere positivamente sul benessere individuale e collettivo¹⁰³.

La teoria sopra illustrata risulta confermata da numerosi studi ed altresì da una recente ricerca condotta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (intitolata “*What is the evidence on the role of the arts in improving health and well-being?*”), pubblicata nel 2019, in cui è dato leggere che le “*attività artistiche, grazie alla loro natura complessa e multimodale, siano capaci di combinare più componenti diverse, tutte note per essere salutari*”.

Il *report* realizzato dall'OMS utilizza la metodologia della *scoping review* per mappare la letteratura accademica globale in inglese e in russo, dal gennaio 2000 al maggio 2019, identificando oltre 900 pubblicazioni, di cui oltre 200 tra recensioni, revisioni sistematiche, meta-analisi e meta-sintesi concernenti oltre 3000 studi¹⁰⁴.

¹⁰² COM (2013) 83 final: “*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione*”, in particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020

¹⁰³ P. QUATTRUCCI, *Cultura e salute per un modello integrato di welfare*, in *Corriere dell'Italianità*, 13 luglio 2020, (www.corriereitalianita.ch).

¹⁰⁴ D. FANCOURT, S. FINN, *Quali sono le evidenze sul ruolo delle arti nel miglioramento della salute e del benessere? Una scoping review*, Copenhagen: WHO Regional Office for

La *review* ha raccolto cospicue prove del potenziale impatto benefico delle arti sulla salute mentale ed altresì su quella fisica.

I risultati ottenuti sono stati raggruppati in due ampie categorie tematiche: prevenzione/promozione e gestione/trattamento. Per ognuna delle categorie predette, sono stati presi in esame diversi sottotemi.

Nell'ambito della prevenzione e promozione, le ricerche hanno dimostrato come le arti possano:

- Incidere sui determinanti sociali della salute
- Sostenere lo sviluppo del bambino
- Incoraggiare comportamenti che promuovano la salute
- Agevolare la prevenzione delle malattie
- Supportare l'assistenza e la cura

Relativamente a gestione e trattamento, invece, risulta che le arti possano:

- Aiutare le persone che soffrono di malattie mentali
- Accompagnare e migliorare le cure per le persone in condizioni gravi
- Sostenere le persone con disturbi neuro-evolutivi e neurologici
- Contribuire al trattamento di malattie croniche degenerative
- Concorrere all'assistenza nel fine vita.

I metodi di ricerca adottati sono molteplici (scale psicologiche, marcatori biologici, tecniche di *neuroimaging*, valutazioni fisiologiche, osservazioni comportamentali, interviste ed analisi di cartelle cliniche).

Nonostante l'elevato grado di attendibilità attribuibile al *report* in questione, ovviamente, i dati riportati sono soggetti a variabilità e vi sono aree in cui i risultati devono ancora trovare conferma o essere ulteriormente approfonditi.

Le esperienze artistiche inserite in *iter* terapeutici efficaci e contesti sanitario-ospedalieri trovano, attualmente, legittimazione anche in ambito socio-economico per l'impatto prodotto e, dunque, spingono gli studiosi a

Europe; 2019 (Health Evidence Network (HEN) synthesis report 67); traduzione a cura di CCW (Cultural Welfare Center), pp. 11 e ss.

considerare quale nuovo modello di promozione sociale il cd. *welfare culturale*.

Ad opinione della scienziata Catterina Seia, esperta di innovazione sociale¹⁰⁵, *“la letteratura scientifica dimostra chiaramente come le arti, espressione del nostro essere umani, siano uno strumento per promuovere salute, prevenire le patologie, migliorare la qualità di vita e l’efficacia delle terapie. La musica, ad esempio, è tra i linguaggi e pratiche che più hanno dimostrato la loro efficacia. Lo vediamo ad esempio nei percorsi di cura e gestione di patologie come HIV, in cui si rileva la diminuzione del carico virale, ma il range delle applicazioni di successo è ampio. Dall’aumento della plasticità neuronale nella riabilitazione post ictus per velocizzare il recupero linguistico e motorio, alle cure palliative nel fine vita. Senza dimenticare la riduzione del rischio di burn out dei curanti, costantemente esposti a fattori di stress.*

Prendere coscienza sistemica di questi fenomeni, che non sono più solo una sperimentazione felice a macchia di leopardo, ma convergono verso una stessa direzione, significa incorporarli nelle politiche e nell’alta formazione, rafforzare su questi temi le competenze delle professioni mediche e culturali, rileggere l’approccio verso la Salute, rivedere in modo integrato le relazioni tra diversi ambiti, guardare alla creazione di nuove professioni. Questa non è retorica. Sono tutti elementi che ci rendono più consapevoli e servono a far salire di scala le esperienze. Azioni non invasive, efficaci, con investimenti sostenibili che possono alleggerire i costi della Sanità pubblica”¹⁰⁶.

A livello di politiche sociali, nella programmazione nazionale, sovranazionale ed internazionale, più passi sono stati mossi negli ultimi anni verso il *welfare culturale*.

In proposito è opportuno ricordare la nuova *Agenda Europea della Cultura 2030*, pubblicata nel maggio 2018 che estende il settore delle politiche

¹⁰⁵ Catterina SEIA è Co-founder e Vice Presidente della Fondazione *Medicina a Misura di Donna* per la quale dirige la piattaforma *Art, health and social change*, ideatrice del *Cultural Welfare Center (CCW)* e in Svizzera membro dell’*Advisory board* della Fondazione IBSA per la ricerca scientifica, promotrice del progetto *“Cultura e Salute. Alleanza per un futuro sostenibile”* insieme alla *Divisione Cultura* della Città di Lugano.

¹⁰⁶ P. QUATTRUCCI, *Cultura e salute per un modello integrato di welfare* cit p. 3

culturali sottolineando la necessità di ricercare l'interazione sistematica e sistemica della cultura con ambiti di policy esterni (*in primis*: benessere e salute, coesione sociale e innovazione).

In Italia l'Istat, *Istituto nazionale di statistica*, ha ampliato dal 2012 la visione del PIL, con la misurazione del BES (*benessere equo e sostenibile*) che include la partecipazione culturale e l'occupazione nelle industrie creative oltre a riservare un intero dominio al patrimonio culturale.

Focalizzando la trattazione sulle esperienze nazionali in un'ottica comparata, vengono in rilievo quali veri e propri precursori i Paesi anglosassoni e quelli scandinavi, sia nelle ricerche che nelle politiche, avendo da tempo accolto e promosso la prospettiva dell'arte finalizzata alla cura, alla riabilitazione nonché al sostegno di individui e comunità. Nel 1996 una ricerca *milestone* di Lars Olov Bygren dell'Università norvegese di Umea, con uno studio pubblicato sul *British Medical Journal*, appurava la correlazione tra partecipazione culturale e longevità¹⁰⁷. L'Italia non ha politiche integrate ma ben due grandi investitori sociali, le Fondazioni *Cariplo* e *Compagnia di San Paolo*, sono scese in campo con programmi atti a rafforzare le rispettive realtà locali in questa direzione. Allargando la prospettiva oltre i confini del nostro continente, va certamente segnalata la concezione elaborata in seno alla dottrina Sud-Coreana, la quale vede nel *welfare culturale* non esclusivamente una strategia di promozione del benessere individuale e collettivo, bensì anche un *tool* utile a favorire l'integrazione culturale e sociale dei soggetti a rischio emarginazione, insistendo sulla necessità di riconfigurare il sistema welfaristico in maniera tale da: garantire la partecipazione alle attività culturali alle fasce socialmente svantaggiate, erogare servizi ("pubblici") culturali alla popolazione in generale; creare

¹⁰⁷ L.O. BYGREN, B.B. KONLAAN, S.JOHANSSON *Attendance at cultural events, reading books or periodicals, and making music or singing in a choir as determinants for survival: Swedish interview survey of living conditions.*

pubblici programmi e servizi culturali idonei a tutelare e valorizzare la diversità culturale¹⁰⁸.

Conclusioni

La nozione di promozione della salute assume un significativo rilievo a partire dagli anni Ottanta e viene sancita dall'OMS con la promulgazione nel 1986 della Carta di Ottawa, che porta l'accento sui fattori che costruiscono salute, sia in termini di risorse e capacità individuali, sia di opportunità legate ai contesti e definite dalle scelte pubbliche e politiche.

Negli anni ottanta, Engel ha sviluppato, in contrapposizione al tradizionale modello cd. bio-medico, secondo il quale la malattia è riconducibile a variabili biologiche che il medico deve identificare e correggere con interventi terapeutici mirati, il modello bio-psico-sociale¹⁰⁹. Questa strategia, pone, al centro delle proprie indagini la persona, sulla base della concezione multidimensionale della salute descritta nel 1947 dall'OMS. Detto modello pone l'individuo -alias malato- al centro di un ampio sistema influenzato da molteplici variabili, non solo biologiche, ma anche psicologiche, sociali, familiari, fra loro interagenti e in grado di influenzare l'evoluzione della malattia. Il modello bio-psicosociale si contrappone al modello.¹¹⁰

Negli ultimi due decenni, in Italia, le pratiche di arte e patrimonio culturale per il benessere e la salute sono numerose e consolidate soprattutto nelle regioni del Nord Italia (Piemonte, Liguria, Lombardia, Toscana e Lazio¹¹¹. Basti pensare che sin dal 2000-2001 a Torino è stata avviato il primo PRU -

¹⁰⁸ W. SONG, B. KIM, *Culture and Art Education to Promote Cultural Welfare in Civil Society*, Social Sciences – MDPI, 22 November 2019, pp. 3 (www.mdpi.com).

¹⁰⁹ Da tale approccio, si sono sviluppate altresì le cd. medical humanities un ambito disciplinare in cui la medicina rafforza i propri rapporti con le scienze sociali e comportamentali (sociologia, psicologia, diritto, economia, storia, antropologia culturale), può entrare in dialogo con la filosofia morale (bioetica e teologia morale) e con gli apporti delle arti espressive (letteratura, teatro, arti figurative). Le *medical humanities* cominciano ad essere incluse altresì in alcuni percorsi formativi universitari e professionali di medici e personale sanitario. L'istituto Superiore di Sanità, nella pagina del suo sito dedicata alle demenze, annovera, fra le terapie alternative l'arte terapia.

¹¹⁰ Opt. cit. CICERCHIA, *Welfare culturale* p. 10.

¹¹¹ La Provincia Autonoma di Bolzano, già dal 1996, è stata l'apripista di sperimentazioni che hanno influenzato le politiche culturali volte al miglioramento della qualità della vita delle persone e delle Comunità

Piano di Rigenerazione Urbana, che includeva in modo organico nei Piani di Accompagnamento Sociale progetti con le arti performative nelle dieci circoscrizioni della città, volti alla promozione della qualità della vita e qualità sociale. Inoltre, dette iniziative, coinvolgono la promozione dei luoghi della cultura, nei musei, biblioteche, ospedali e hospice, e mettono insieme professionisti della cultura, della sanità, artisti e assistenti sociali.

Pertanto, per quanto il tema abbia trovato, ad oggi, una propria stabile collocazione nel dibattito nazionale ed internazionale, tuttavia occorre superare la frammentarietà delle informazioni, l'approccio fondato esclusivamente delle buone pratiche e puntare ad azioni di sistema. Al fine di consolidare le evidenze scientifiche, appare evidente che lo Stato debba rinnovare l'assunzione di un proprio ruolo nel benessere del cittadino attraverso la progettazione di un sistema strutturato di servizi. Per massimizzare tale capacità la Repubblica dovrebbe allearsi con le comunità locali moltiplicando l'accessibilità dei fattori salutogenici.

Attraverso l'istituzionalizzazione del welfare culturale, la cultura, lungi dall'essere considerato un sostitutivo delle politiche sociali attualmente esistenti, potrebbe diventare il collante del divario sociale che esclude dalla salute più di cinque milioni di persone in condizioni di deprivazione promuovendo il suo ruolo portante nello sviluppo umano e sociale.

CAPITOLO II

La normativa dei servizi pubblici locali: la gestione dei servizi ed principio di sussidiarietà

Sommario: Premessa; **2.** IL servizio pubblico: una definizione “tormentata”; **3.** L'evoluzione del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali; **3.** Gli interventi normativi più recenti e la giurisprudenza; **4.** I servizi pubblici; **5.** Il principio di sussidiarietà nell'organizzazione dei servizi pubblici; **6.** Le forme di organizzazione e le procedure di affidamento dei servizi pubblici locali: a) La gestione dei servizi pubblici economicamente rilevanti; b) La gestione dei servizi pubblici privi di interesse economico; **7.** La qualificazione dei servizi sociali; **8.** Servizi pubblici essenziali: a) La disciplina dei servizi pubblici essenziali nell'ambito del diritto allo sciopero; b) La Commissione di Garanzia; c) Gli eventi del 2015 e l'inclusione dei servizi pubblici in tema di beni culturali fra i servizi pubblici essenziali; Conclusioni

Premessa

Nodo cardine nel percorso di attuazione di riforme sociali, volte a ripensare il welfare, è la comprensione dello spazio in cui ci stiamo muovendo: il servizio pubblico.

Il seguente capitolo verterà sulla definizione e sull'inquadramento normativo del servizio pubblico, il suo percorso evolutivo nel corso degli anni e il principio di sussidiarietà nella sua organizzazione.

All'analisi, si affiancherà, al più generico servizio pubblico, il ruolo cruciale degli Enti Locali sul territorio, spiegando come questi Enti si organizzino, come operino e, soprattutto, sottolineando la responsabilità sociale che hanno assunto nel delicato scacchiere delle comunità locali.

Infine, si affronteranno gli eventi che hanno portato, nel 2015, all'inclusione dei servizi culturali nel novero dei servizi pubblici essenziali.

II.1. Il servizio pubblico: una definizione “tormentata”

Ai fini del presente lavoro di tesi è necessario soffermarsi sul concetto di “servizio pubblico”, architrave del nostro sistema di *welfare*¹¹² e, contemporaneamente, oggetto di molteplici, talora contrastanti, contributi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza¹¹³, anche a causa di reiterati interventi normativi che hanno reso la relativa nozione “una delle più tormentate”¹¹⁴.

Lo sforzo definitorio è funzionale alla delimitazione dell’ambito operativo dei servizi pubblici e, per tale via, all’individuazione della disciplina giuridica di settore; esso, inoltre, rileva per l’impatto che i servizi predetti sono suscettibili di generare tanto nella sfera tecnico-amministrativa come in quella socio-culturale e, non per ultima, economica.

Esaminando la *ratio* di ogni tentativo definitorio, è altresì possibile comprendere gli stadi fondamentali di un processo evolutivo che ha visto lo Stato circoscrivere il proprio ruolo di erogatore di servizi pubblici a favore di imprese e altri soggetti privati, tanto da ravvisarne il ruolo, talvolta di regolatore¹¹⁵ del mercato, talvolta di facilitatore¹¹⁶, o ancora, di promotore¹¹⁷. Tale trasformazione si è riverberata sia sul sistema socio-economico misto (quale quello adottato *ab origine* dalla nostra Costituzione), obbligando a rinnovare il rapporto fra servizio pubblico ed enti locali anche nell’ottica della cd. “privatizzazione”, sia su altri aspetti tra

¹¹² Sul punto, nonché sulla ricostruzione della nozione di servizio pubblico, si veda il contributo di G.IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004, passim.

¹¹³ Sull’elaborazione della nozione di pubblico servizio: U.POTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova 1964; R.ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, 37 e ss.; F.MERUSI voce Servizio pubblico in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1976, 217; S. Cattaneo, voce Servizi Pubblici, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990 372.

¹¹⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990, 69.

¹¹⁵ G.IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, cit., pp. 58 ss.

¹¹⁶ Per un inquadramento ricostruttivo della nozione G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto*, 201,7, p. 413 ss.

¹¹⁷ A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giornali diritto amministrativo*, 2016, pp.573 ss.

i quali è dato annoverare *“i riflessi che il Diritto comunitario e il principio di sussidiarietà producono sui concetti tradizionali”*¹¹⁸.

La tematica in esame conserva nel tempo il carattere dell'attualità pure in ragione del ruolo di primo piano svolto dagli Enti Locali, nella duplice veste di promotori ed esecutori.

Prima di definire i “servizi pubblici”, occorre menzionarne le finalità con l’ausilio di un contributo dottrinale: *“aprire i mercati alla concorrenza e alla libera iniziativa, anche sociale, dei privati; tutelare gli utenti e garantire l’universalità dei servizi; organizzare servizi efficienti e di qualità elevata; contenere la spesa pubblica; assicurare, specie in corrispondenza di diritti fondamentali, livelli minimi di prestazioni uniformi sul territorio nazionale ed europeo e nel contempo rispettare le specificità e le autonomie locali; aprirsi a nuovi modelli di democrazia partecipativa, fondati sul coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali pubblici e nella gestione delle attività di interesse generale”*¹¹⁹.

Le definizioni legislative paiono mancare di completezza, come quella contenuta nell’art. 112 del d.lgs. 267/2000 (*“i servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico civile delle comunità locali”*).

All'inizio del XX secolo, il Legislatore italiano sperimentò un particolare modello di classificazione dei servizi pubblici basato su 19 categorie con l’emanazione della l. 2578 del 15 ottobre 1925, seguita dal relativo regolamento di esecuzione solo nel 1986 (D.P.R. 902 del 4 ottobre), tuttavia, come rilevato da dottrina e giurisprudenza, si trattava di una classificazione meramente indicativa.

Ergo, in origine, si seguiva l’interpretazione cd. *soggettiva*: il servizio era da considerarsi “pubblico” se assunto e gestito da un pubblico potere. Tale orientamento poggiava sulla norma sopra citata, che conferiva ai Comuni la

¹¹⁸ L. CESARINI, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, 1 ottobre 2000.

¹¹⁹ G.IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, cit., pp. 58 ss.

possibilità di escludere le imprese private dalla gestione dei pubblici servizi, subordinandola alla necessaria e preventiva “concessione” da parte dell'Amministrazione stessa.

Successivamente, si affermò un'interpretazione cd. *oggettiva*, basata sulla natura intrinseca dei servizi e sugli obblighi che ne derivavano in capo ai soggetti pubblici, nonché sulla sussistenza di una pubblica utilità o di un pubblico interesse.

Ad opinione di autorevole dottrina¹²⁰, il fondamento della linea “oggettiva” sarebbe da rinvenirsi nelle disposizioni costituzionali e, segnatamente, nel combinato disposto degli artt. 41 e 43, dai quali emergerebbe che per servizio pubblico debba intendersi l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto titolare della stessa¹²¹.

Una definizione meno risalente, superando l'antitesi fra le prime due tesi, inquadra il servizio pubblico quale “*necessaria intersezione di una oggettiva doverosità e di un necessario risvolto soggettivo pubblico*”¹²².

La chiave per comprendere al meglio il concetto sopra esposto è nella seguente precisazione: il titolare del servizio tende a non coincidere con la figura del gestore.

Il soggetto titolare risulta dotato di un duplice ruolo: deputato alla programmazione, attraverso l'individuazione delle esigenze del cittadino; investito del ruolo di garante, quale responsabile degli standard di efficienza raggiunti dagli stessi servizi richiesti¹²³.

D'altra parte, il gestore potrebbe esser considerato la *longa manus*, a cui l'Amministrazione affida la concreta erogazione del servizio in vista di risultati da sottoporre al controllo valutativo dell'Amministrazione stessa.

¹²⁰ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964 pp. 665 e ss

¹²¹ Tale tesi ha trovato consensi anche nella giurisprudenza (*ex multis* Cass. Sez. V, 6 giugno 1991; Cass. Sez. Un. 24 luglio 1989)

¹²² E. SCOTTI *Servizi pubblici locali*, estratto da *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, ed. UTET giuridica pp. 629 e ss.

¹²³ C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, Munus, 2011

In virtù di tutte le considerazioni che precedono, il servizio pubblico può essere qualificato come quell'attività che l'Amministrazione pubblica riconosce come propria a fronte di doveri istituzionali, poiché connessa all'interesse della collettività e al benessere pubblico, potendo demandarne a terzi la gestione sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento.

II.2. L'evoluzione del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali

L'organizzazione dei servizi pubblici in ambito locale risente dei reiterati interventi normativi statali e risulta tuttora in corso, connotandosi per evidenti disomogeneità territoriali e settoriali. Procedendo in ordine cronologico, l'evoluzione normativa nella materia vede susseguirsi tre visioni storiche eterogenee dei servizi pubblici locali.

La prima fase, che ha inizio con l'emanazione della legge n. 103/1903, è quella della cd. *Municipalizzazione* dove, con tale espressione, si intende l'interesse dello Stato moderno ad intervenire nella sfera dell'impresa privata relativamente alla gestione dei servizi pubblici, sottraendoli dunque all'economia di mercato, in ragione della necessità di soddisfare i bisogni collettivi costituzionalmente garantiti¹²⁴.

Con la Legge Giolitti e l'emanazione del T.U. del 1925, gli enti locali assumono il ruolo sia di gestori che di controllori dell'erogazione dei servizi considerati di utilità collettiva e tanto allo scopo di garantire una certa qualità dei servizi. Per fare ciò, la legge giolittiana conferisce il potere al Consiglio comunale di istituire nuovi servizi pubblici tra quelli elencati all'art. 1 del dettato normativo ed introduce una nuova forma giuridica di gestione diretta del servizio: l'azienda-organo, la cd. *Azienda speciale*.

Con la Legge 142/1990, si apre una nuova fase che vede il legislatore italiano impegnato a rafforzare il modello aziendale pubblico nel quadro della

¹²⁴ I. CASTELLANI, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, pp.25 e ss.

riforma delle autonomie locali. Tale operazione persegue un duplice obiettivo: ampliare l'autonomia organizzativa dell'azienda municipalizzata (anche tramite la semplificazione); attribuire personalità giuridica alle aziende speciali e, di conseguenza, trasformarle in enti esterni rispetto alla Pubblica Amministrazione benché, in ogni caso, "strumentali" alla realizzazione di pubblici scopi.

Con l'approssimarsi del nuovo millennio, anche i servizi pubblici devono rispettare la logica sovranazionale del libero mercato e della concorrenza e, dunque, anche gli enti locali rimangono vincolati dagli obblighi comunitari, tanto da rispondere (in caso di inadempimento) della mancata attuazione della disciplina comunitaria¹²⁵.

Ad onor del vero, residua in capo agli Stati membri la facoltà di apportare restrizioni al regime europeo della libera concorrenza, seppur esclusivamente quando vi sia da tutelare un fondamentale interesse generale¹²⁶.

Ai fini della presente trattazione, giova precisare quanto la nozione di *servizio pubblico comunitario*¹²⁷ si distingua da quella affermata in ambito nazionale poiché manca, a livello euro-unitario, il riferimento all' "interesse pubblico" o alla "pubblica rilevanza" essendo, invece, i servizi considerati come attività a contenuto economico svolte dalle Amministrazioni¹²⁸.

Autentico caposaldo è la norma di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, secondo cui *"le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti*

¹²⁵ D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Rivista Di diritto Pubblico comunitario*, 1992.

¹²⁶ R. TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, 2002

¹²⁷ L'art. 60 del Trattato CEE "sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale, attività di carattere commerciali, attività artigianale e le attività delle libere professioni.

¹²⁸ Direttiva 92/50/Cee del 18 giugno 1992

in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Di vitale importanza è, nella materia *de qua*, il concetto di servizio di interesse economico generale:¹²⁹ tale nozione viene utilizzata dal legislatore europeo per concedere, in deroga al regime concorrenziale, la possibilità di prevedere condizioni favorevoli di fornitura delle prestazioni per determinati soggetti in ragione di una finalità di interesse generale, la cui definizione viene rimessa alla libera determinazione di ciascuno Stato¹³⁰.

La chiave di lettura più idonea all'interpretazione ed applicazione della norma richiamata può essere rinvenuta nel principio di sussidiarietà, in base al quale l'azione pubblica deve intervenire con propri strumenti solamente laddove le regole della concorrenza e del mercato non siano sufficienti al perseguimento degli obiettivi di interesse generale.

A voler completare l'illustrazione del "servizio pubblico comunitario", è degno di menzione il -non delineato- concetto di *servizio universale*, riassumibile negli obblighi atti a garantire la prestazione diffusa di servizi essenziali. Trattasi del dovere di garantire determinati livelli qualitativi del servizio, da prestarsi nel modo più omogeneo possibile all'interno del territorio nazionale e da erogarsi a tariffe accessibili. Pertanto, nell'ambito del regime di fornitura delle prestazioni di servizi universali, è riconosciuta l'esigenza di sostenere finanziariamente i relativi costi attraverso il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi all'impresa incaricata di

¹²⁹ L'art. 14 TFUE fa riferimento a servizi di interesse economico generale e non a servizi pubblici locali, ma, come rilevato dalla Corte costituzionale, sent. 325/2010, "in ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo»".

¹³⁰ Art. 90 Trattato Funzionamento Unione Europea

prestarlo: contributi concessi agli operatori di mercato, sostegno finanziario diretto dei relativi oneri (anche a carico della fiscalità generale), etc.¹³¹.

In conclusione, sembra potersi convergere con l'idea secondo la quale manca una reale ingerenza della normativa europea sul contenuto di missione dell'ente, rimettendo tale valutazione a ciascuno Stato che, liberamente, definisce il concetto di pubblico servizio sulla base della propria identità (ed eterogeneità) culturale¹³².

II.3. Gli interventi normativi più recenti e la giurisprudenza

La terza ed ultima fase, ancora in corso, trova fondamento normativo nel d.lgs n. 267 del 2000¹³³.

Il metodo che ha connotato quest'ultimo intervento normativo è consistito nella scomposizione del servizio pubblico locale (sino a quel momento inquadrato in modo unitario) in diversi comparti, ciascuno con un proprio regime giuridico.

Proseguendo, all'interno di ciascun settore, è stata operata una valutazione di merito al fine di bilanciare (caso per caso) la concorrenza con gli interessi generali sottesi all'erogazione del servizio.

Esattamente in questo momento storico ha avuto luogo la separazione delle reti dai servizi, i quali sono stati a loro volta distinti in servizi a carattere industriale e non industriale (successivamente si farà distinzione fra servizi a carattere economico e privi di carattere economico).

Le reti hanno infatti trovato una sicura collocazione nell'area di prevalenza degli interessi generali, rilasciando poi all'autonomia locale la possibilità

¹³¹ Per un approfondimento sul tema del servizio pubblico nel contesto comunitario, Cfr BOITEAU, *Il concetto comunitario di servizio pubblico e i servizi pubblici locali*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1997, 347.

¹³² A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998

¹³³ D.Lgs. 267 del 2000 Testo unico degli Enti Locali (TUEL)

funzionale di scegliere, fra le modalità di gestione possibili¹³⁴, il modello ritenuto maggiormente idoneo.

Anche per i servizi, come per le reti, si è distinto fra quelli a rilevanza economica e non, generando ineluttabilmente un'applicazione “a macchia di leopardo” della disciplina della concorrenza, praticamente limitata ai servizi a rilevanza economica.

Attualmente, la disciplina dei servizi pubblici locali, sancita all'art. 112, comma 1, d.lgs. 267/2000, precisa che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

La normativa in oggetto ha innescato una procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea, inducendo il Legislatore ad introdurre nell'articolo richiamato diverse modifiche: ad esempio, l'art. 112 contemplava nella sua versione originaria cinque forme di gestione dei servizi pubblici¹³⁵ ma è stata in seguito abrogata, (dall'articolo 35, comma 12, della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

Insistendo sulle forme di gestione, queste sono ora regolate dall'art. 113 del d.lgs. 267 del 2000 (che riprende l'elenco dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990), con l'importante novità consistente nella possibilità di costituire società per azioni “senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria”.

La disciplina di cui all'art. 113 è stata considerevolmente modificata all'inizio della XVI legislatura dall'articolo 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008).

La riforma del 2008 ha statuito, come criterio generale, il principio della gara, prevedendo due modalità di affidamento: quella ordinaria della

¹³⁴ È possibile l'affidamento a soggetti privati scelti tramite gara ma sono anche ammessi i modelli pubblicistici delle società a totale o prevalente partecipazione pubblica.

¹³⁵ Tuttavia, la disciplina sui servizi pubblici locali poneva sin da subito due problemi: il primo riguardava la modalità di scelta del socio, nel caso di costituzione di società di capitali con partecipazione di soggetto privato; il secondo, una volta individuato il socio e costituita la società, se occorre una seconda gara per l'affidamento in concreto del servizio o ha provocato una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, inducendo il legislatore ad introdurre nell'articolo in questione diverse modifiche.

gara pubblica e quella, in deroga, del conferimento diretto (dunque, senza gara).

Il Decreto predetto ha altresì potenziato il meccanismo di affidamento dei servizi in *house*, (che, in precedenza, trovava spazio come ipotesi eccezionale di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica) con la conseguenza che le società totalmente pubbliche sono destinate a diventare un modello di *governance* residuale ed eccezionale in un mercato con la maggioranza di operatori privati o misti (pubblico-privati). In tale ottica, l'affidamento in *house* può essere legittimo solo in presenza di tutti i requisiti, individuati dalla giurisprudenza, dell'*in house providing*, attualmente stabiliti anche dall'art 15 d.l. 135/2009 conv. in l. 166/2009, rigorosamente interpretati sulla base della disciplina comunitaria e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il d.l. 112/2008 ha inoltre previsto una particolare disciplina per il reclutamento del personale delle società pubbliche (poi novellata dal d.l. 78/2009) che obbliga le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica a sottostare a determinati criteri per l'assunzione di nuovo personale.

Nel 2011, tramite referendum abrogativo, è stato eliminato l'art. 23-bis sopra citato e tanto, palesemente, ha generato un vuoto normativo colmato con disposizioni¹³⁶ dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 75 Cost. (sentenza n. 199/2012).

La Corte ha infatti rilevato che, nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, "risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis e l'identità della ratio ispiratrice". La declaratoria di illegittimità ha travolto non solo l'art. 4, ma anche le successive modificazioni dello stesso articolo.

¹³⁶ L'intervento è avvenuto attraverso l'articolo 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011.

La Corte ha dovuto quindi ricordare che la ratio abrogativa del referendum è stata quella di «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in *house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)¹³⁷ e di consentire, conseguentemente, la diretta applicazione della normativa comunitaria di riferimento.

Nella materia oggetto della presente trattazione, il Legislatore pareva esser in procinto di apporre un primo punto fermo col Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (da realizzarsi in esecuzione della delega conferita dal combinato disposto degli artt. 16 e 19 della Legge 7 agosto 2015 n. 124), considerati altresì i pareri favorevoli espressi dalla Conferenza Unificata, dal Consiglio di Stato e dalle Commissioni Parlamentari competenti)¹³⁸.

Tuttavia, l'attuazione delle disposizioni predette ha subito una battuta d'arresto in virtù della pronuncia di incostituzionalità¹³⁹ che, accogliendo il ricorso promosso dalla Regione Veneto, ha censurato parte della cd. *Delega Madia* rilevando che le norme *de quibus*, pur incidendo in ambiti riconducibili alla competenza dello Stato, concernono altresì materie di competenza regionale residuale o concorrente e, dunque, violano il principio di leale collaborazione.

Per le ragioni sopra esposte, il T. U. in questione non è mai stato inviato alla Gazzetta Ufficiale per la pubblicazione.

¹³⁷ Sentenza Corte costituzionale n. 24 del 2011
<https://www.giurcost.org/decisioni/2011/0024s-11.html>

¹³⁸ Tale testo assumeva il ruolo di stabilizzazione in forma organica delle disposizioni intervenute nell'ultimo quinquennio a seguito sia dell'emanazione delle direttive europee in materia di appalti e concessioni (le Direttive 23 e 24 del 2014), sia del varo del nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.Lgs 50/2016 integrato e corretto con il d.lgs 56/2017), sia di una serie di disposizioni sul tema tra cui, in particolare, quelle contenute nelle leggi di stabilità 2014 e 2015 (l. 147/2013 e l. 190/2014).

¹³⁹ Cort. Cost. sent. n. 251/2016

A parere del Consiglio di Stato¹⁴⁰, sarebbero solo due le possibili soluzioni: l'adozione di una nuova legge delega conforme alle indicazioni della Corte costituzionale oppure un disegno di legge avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che andrebbe a sostituire.

II.4. I Servizi pubblici

La distinzione fra Servizi pubblici economici e Servizi pubblici privi di interesse economico è di notevole rilevanza ai fini della presente trattazione, certamente funzionale alla successiva¹⁴¹ delineazione delle sfere di competenza ed all'analisi dell'impatto dei servizi stessi sulla concorrenza.

Illuminante è stata la Corte Costituzionale che, in seguito ad un ricorso promosso dalla Regione Sardegna, si è espressa con la sentenza n. 272 del 2004¹⁴².

In mancanza di una disposizione legislativa che chiarisse il *discrimen*, il Tribunale Amministrativo sardo aveva ricondotto i servizi socio-assistenziali e socio-educativi nell'ambito dei servizi pubblici a rilevanza economica.

Il caso preso in esame dal Tribunale predetto riguardava un Comune che aveva affidato direttamente una serie di servizi socio-assistenziali e socio-educativi ad una società controllata a capitale interamente pubblico, seguendo il modulo *in-house*, laddove prima di quel momento, gli stessi servizi, erano stati esternalizzati mediante gare di appalto.

¹⁴⁰ Il Consiglio di Stato, con parere n. 83 del 17 gennaio 2017, in adempimento della propria funzione consultiva, ha risposto ai quesiti posti dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione in relazione alle modalità di attuazione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale. Lo strumento dell'intesa, in particolare, veniva ritenuto dalla Corte costituzionale maggiormente conforme al principio di leale collaborazione, in relazione all'effettivo coinvolgimento delle Regioni attraverso il sistema delle Conferenze, richiesto proprio dallo stretto intreccio tra materie e competenze presente nel decreto.

¹⁴¹ Nel capitolo III della presente tesi.

¹⁴² La sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004, nel dichiarare l'incostituzionalità del 7° comma dell'art. 113 d.lgs. 267/2000, aveva ritenuto che la competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, non consente allo Stato di prevedere una disciplina "dettagliata ed auto-applicativa dei criteri, in base ai quali aggiudicare la gara per la gestione dei servizi pubblici locali "di rilevanza economica".

Nell'ambito del contenzioso, una società concorrente operante nel medesimo settore, aveva contestato sia la natura dei servizi (intesi dall'Amministrazione come privi di rilevanza economica ed affidati sulla base del modulo prefigurato dall'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000), sia l'affidamento *in-house*¹⁴³.

Il Tribunale Amministrativo aveva sottolineato come, a causa di numerose modifiche operate sulla normativa di settore¹⁴⁴, fosse bene avvalersi del sostegno interpretativo fornito dai principi comunitari¹⁴⁵: la differenza tra i servizi di interesse generale e quelli ordinari risiede nel fatto che i primi, secondo le autorità pubbliche, debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi tanto da stimolare il mercato a provvedervi da solo.

Il TAR Sardegna aveva proseguito la sua analisi rilevando altresì che il mercato e la concorrenza costituissero, di regola, la formula migliore per gestione di tali servizi (tant'è che, ai sensi del citato art. 86 comma 2 del Trattato CE, le imprese che ne sono incaricate sono senz'altro sottoposte alle regole di concorrenza), salvo soltanto il caso che, per il fatto di non essere remunerativi, il mercato non consenta concretamente di assolvere alla loro specifica missione e si renda pertanto indispensabile il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi.

Anche la Commissione Europea si è espressa, nel Libro Verde, sui servizi di interesse generale¹⁴⁶: le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle

¹⁴³ Sull'annosa questione degli affidamenti "*in house*" per maggiori approfondimenti Cfr. S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *Federalismi.it*, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, n. 27 del 2020.

¹⁴⁴ Tali continue modifiche sono intervenute proprio a causa della delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia per violazione degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

¹⁴⁵ Per un approfondimento sul tema Cfr A. CAROSELLI, *Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27/07/2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di servizi pubblici locali* in *Diritto del Servizio Pubblico* del 17 febbraio 2005.

¹⁴⁶ (COM-2003-270) del 21/5/2003

attività economiche, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica.

Secondo la costante giurisprudenza nazionale e comunitaria¹⁴⁷, spetta dunque al Giudice nazionale il compito di valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto segnatamente, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare congruo asserire che, laddove il settore di attività sia economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica sia in grado di permettere anche il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina di settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, mentre, in via residuale, laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica¹⁴⁸.

Concludendo, secondo il Tribunale Amministrativo, sono certamente considerate attività con rilevanza economica i servizi pubblici quali:

- a) la gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale;
- b) l'assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, la consegna di pasti caldi a domicilio, le attività di lavanderia e stireria, nonché la gestione del centro di aggregazione per anziani.

A condurre a tale conclusione contribuisce il fatto che le attività sopra citate sono suscettibili, in astratto, ad essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale, a maggior ragione se aggiudicati con gara precedentemente al loro affidamento ad un soggetto gestore partecipato dall'Ente Locale.

¹⁴⁷ Ctr *Ex mustis* Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 168 del 25 gennaio 2005 ed alla Corte di Giustizia della C.E. Causa C-107/98 del 18 novembre 1999.

¹⁴⁸ In tal senso, si è espresso il Tribunale Amministrativo regionale della regione Liguria con la sentenza n.527 del 28 aprile 2005

Il giudice amministrativo a questo punto giunge ad affermare un altrettanto evidente concetto per cui un'attività che sia configurabile come servizio pubblico locale, se ha un mercato nel quale sussiste confronto concorrenziale tra più operatori, dimostra senza dubbio la sua "rilevanza economica", dovendo pertanto essere assoggettata alla disciplina specifica che, per i servizi annoverabili in quella categoria, regola profili concorrenziale¹⁴⁹ ed è rinvenibile nell'art. 113 (particolarmente nel comma 5, per quanto riguarda le modalità di affidamento) del d.lgs. n. 267/2000.

La questione è stata affrontata dal medesimo TAR sardo nuovamente nel 2005 con la sentenza n. 1729 del 2 agosto, con la quale ha precisato che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesti in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione.

II.5. Il principio di sussidiarietà nell'organizzazione dei servizi pubblici

In linea di massima, i servizi pubblici locali non annoverabili in seno alle materie per le quali sia prevista la potestà legislativa esclusiva dello Stato né a quelle di competenza concorrente ex art. 117 Cost., dovrebbero essere disciplinati mediante leggi esclusivamente regionali. Tuttavia, attesa la complessità ed altresì l'ampiezza del settore in questione (nonché l'intreccio di materie e di interessi coinvolti in concreto), non risulta affatto agevole l'individuazione di una linea di demarcazione tra le diverse sfere di competenza e fra le materie suscettibili di generare conflitti rientrano sicuramente: la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantirsi su tutto il territorio nazionale; la tutela della concorrenza; la tutela dell'ambiente.

Ai fini della presente trattazione, non è dato ignorare la cd. interpretazione "forte" della tutela della concorrenza, i cui effetti si riverberano altresì sul

¹⁴⁹ Come attestato altresì dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272/2004

livello organizzativo dei servizi pubblici locali (rimesso alla valutazione degli enti locali). Infatti, gli enti locali stessi, segnatamente in virtù della propria vicinanza ai cittadini, sono stati dotati dalla nostra Costituzione di una propria autonomia normativa (ex art. 114, 2° comma). Tale spazio di normazione e di amministrazione si declina principalmente nelle scelte fondamentali relative all'istituzione del servizio locale, alla definizione delle condizioni di offerta, dei livelli di qualità delle forme di gestione, dei controlli e delle sanzioni¹⁵⁰.

Non potendo operare diversamente, il Legislatore ha individuato solo alcuni settori organici di intervento, raccogliendoli nel combinato disposto degli artt. 3, 4, 13, 112 del Testo Unico sull'ordinamento delle autonomie locali e, specificamente, all'art. 13 comma 1 dove ha statuito che spettino al Comune tutte le *“funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”*.

Nell'esame dei soggetti che intervengono nella prestazione dei servizi locali, è più che congruo citare le autorità garanti¹⁵¹, il cui interesse alla tutela degli utenti si declina attraverso il controllo sulle forme organizzative ritenute più adeguate per l'erogazione di un determinato servizio, garantito anche attraverso l'intervento sulle scelte decisionali operate. Tale forma di controllo (alias *“ingerenza”*) si è resa necessaria in ragione del fatto che i servizi pubblici locali rappresentino, attualmente, una percentuale rilevante della spesa connessa agli appalti pubblici¹⁵². Per tale motivo, l'Autorità opera

¹⁵⁰E. SCOTTI *Servizi pubblici locali estratto da Digesto delle Discipline Pubblicistiche AA. VV. Ed. UTET, 2021*

¹⁵¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e Commissione europea. Per un approfondimento sul tema dei controlli degli enti locali Vedi DELLA VENTURA P. *Il sistema dei controlli sugli enti territoriali in Amministrazione in cammino Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"* pubblicato l'8 aprile 2009.

¹⁵² Circa l'8,5% delle stazioni appaltanti e il 15% degli appalti secondo Istat

un controllo sulla regolarità degli affidamenti e dell'esecuzione dei contratti, è competente a segnalare al Governo e al Parlamento eventuali gravi inosservanze della disciplina settoriale, formula proposte di modifica legislativa, esprime pareri non vincolanti su questioni sorte nel corso di una procedura di gara, nonché presenta al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si rimarcano eventuali discrepanze strutturali riscontrate nel sistema¹⁵³.

La nuova dinamica organizzativa dei servizi pubblici locali, quella che riconosce il maggiore ruolo dei privati nella promozione dei servizi predetti, trova fondamento logico e giuridico nella dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà.

Seguendo il suddetto principio (sancito al quarto comma dell'art. 118 Cost.): *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

Occorre chiarire che il principio di cui sopra appartiene ad una dinamica non propriamente accolta dal Diritto Comunitario, tanto da risultare assodata l'indifferenza dimostrata sul punto da parte del Legislatore Europeo¹⁵⁴. Al massimo, sono imposti degli specifici obblighi di trasparenza nelle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche¹⁵⁵.

L'applicazione del principio di sussidiarietà verticale è stato ribadito altresì dalla l. 59/1997 (la cd. *Legge Bassanini*), la quale prevede che il Comune eserciti le funzioni che lo stesso qualifica come di interesse locale salvo che, per espressa previsione legislativa, le stesse rientrino nella competenza di altri soggetti. Difatti, laddove il perimetro degli interessi coinvolga una

¹⁵³ Cit. E. SCOTTI *Servizi pubblici locali estratto da Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, pp.629 e ss

¹⁵⁴ L'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri, i trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese né alla loro privatizzazione. Privilegiare la proprietà pubblica non sottrae all'applicazione dell'art. 63 TFUE, anche se per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali possono esservi motivi imperativi di interesse generale

¹⁵⁵ Con riferimento agli obblighi di trasparenza imposti agli Stati sulle relazioni finanziarie intercorse con le loro imprese pubbliche, si Veda la Direttiva 2006/111/CE.

territorialità maggiormente vasta, questi verranno gestiti dall'ente di livello superiore. È possibile pertanto assumere che nei settori organici quali i servizi sociali, in virtù del citato principio di vicinanza¹⁵⁶, l'assetto e lo sviluppo economico del territorio, è affidato al Comune quale competenza di taglio residuale, mentre, tuttavia, in altri settori, l'Ente conserva il potere di auto-assunzione.

Nell'ambito in esame, l'Ente ha potestà di intervento soltanto quando l'autonomia privata non sia in grado di soddisfare gli interessi della Collettività garantendo l'adeguatezza del servizio. Nello specifico, l'Ente potrà appropriarsi dello svolgimento del servizio previa analisi del mercato che lasci emergere l'inadeguatezza del servizio stesso (cd. *sussidiarietà orizzontale*).

Un'ulteriore forma di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale è la *co-amministrazione*, che ha trovato sede normativa già nell'art. 11 del d.lgs. 286/1999, ai sensi del quale *“i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi”*. L'attuazione di dette prassi si verifica particolarmente nella gestione dei beni comuni, caratterizzati dall'essenzialità e dal carattere fondamentale dei diritti coinvolti¹⁵⁷.

Rebus sic stantibus, rivalutando la distribuzione delle competenze e tenendo presente il titolo V, viene oggi messo in discussione dai più¹⁵⁸ il principio di

¹⁵⁶ Principio confermato altresì dall'art. 4 della Carta europea dell'autonomia locale per cui *“l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere sulle autorità più vicine ai cittadini”*

¹⁵⁷ Per un approfondimento sul tema della democrazia partecipativa cfr. U.ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Associazione italiana Costituzionalisti*, rivista n. 1/2011

¹⁵⁸ F. MERLONI *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Rivista Giuridica Quaderni Pubblici Servizi*, 2002; E.SCOTTI opt. Cit.; L.Benvenuti, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, *Diritto della Regione*, fasc. 2 pag. 333, 2002; H.BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 398

tipicità delle forme di organizzazione dei servizi, manifestando l'auspicio che gli Enti Locali possano avvalersi di una maggiore libertà decisionale nella definizione delle modalità di gestione dei servizi e, per tale via, stimolare il dibattito cittadino sul tema ed agevolare la realizzazione di un processo amministrativo-decisionale condiviso, una forma di democrazia più partecipativa che deliberativa¹⁵⁹.

II.6. Le forme di organizzazione e le procedure di affidamento dei servizi pubblici locali

A voler analizzare la questione in un'ottica civilistica, sarebbe possibile definire il servizio pubblico come un'obbligazione avente ad oggetto prestazioni di beni o di attività i cui destinatari, gli utenti, sono indiscussi creditori quali portatori delle esigenze sociali che tale servizio mira a soddisfare.

Nel rapporto negoziale *de quo*, se è certo che l'utente rappresenti il creditore, si è invece frequentemente dibattuto su chi ricopra il ruolo di debitore¹⁶⁰.

A contendersi la posizione passiva sono la Pubblica Amministrazione ed il gestore che, ove non coincidano, danno luogo ad un ulteriore rapporto negoziale in cui la Pubblica Amministrazione assume contestualmente la veste di debitore verso gli utenti-beneficiari del servizio e di creditore nei confronti del gestore, che si è obbligato contrattualmente a fornire tale prestazione ai terzi per conto dell'amministrazione. Il rapporto tra soggetto pubblico ed ente privato viene di prassi instaurato tramite convenzione o contratto di servizio pubblico ed è caratterizzato da un equilibrio economico-finanziario che va definito a monte con un programma di

¹⁵⁹Sulle differenze fra le varie forme di Democrazia Deliberativa; Democrazia Partecipativa; Democrazia Rappresentativa, cfr F.BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa* in Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive", Firenze, 2-3 aprile 2009.

¹⁶⁰R. CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, a cura di L.LENTI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Vol. VI, Milano, 2012, 699-726

gestione e, successivamente, valutato al netto del rischio dei risultati di gestione¹⁶¹.

In base all'entità del servizio da dover gestire, l'ente pubblico può scegliere fra l'amministrazione diretta e quella indiretta.

II.7. La gestione dei servizi pubblici economicamente rilevanti

Fermo restando che gli Stati membri dell'Unione Europea possono autonomamente stabilire, in conformità al Diritto Comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale ed in che modo essi debbano essere organizzati e finanziati¹⁶², sono definiti servizi pubblici locali di interesse economico-generale i servizi erogati dietro corrispettivo su un mercato, che non verrebbero prestati senza un intervento pubblico o lo sarebbero a condizioni differenti, che i Comuni assumono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle Collettività, in maniera tale da garantire lo sviluppo e la coesione sociale. L'ente locale non può gestire i servizi pubblici locali a rilevanza economica con mezzi propri (in economia), tuttavia, conserva in tale ambito funzioni di regolazione e controllo.

In attesa di un intervento organico sulla materia, a seguito della pronuncia di incostituzionalità che ha investito l'art. 4 del d.l n. 138 del 2011, rimane al momento valida ed efficace la disciplina comunitaria, che accoglie una visione meno restrittiva dell'affidamento diretto alle società cd. *in-house*¹⁶³,

¹⁶¹ La ricaduta economica sul rischio dei risultati può ricadere sull'ente se gli accordi prevedono una gestione in economia, mentre ricade sul gestore nel caso in cui è previsto che ricadano nel capitale conferito.

¹⁶² Come definito dall'art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 14 del TFUE

¹⁶³ Nel corso dell'*iter* altalenante, la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 199 del 2012, ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito con modificazioni con l. 148/2011, che disciplinava la materia in un'ottica concorrenziale, poiché in detto articolo veniva riproposta la medesima normativa contenuta nell'art. 23 bis d.l. 112/2008, abrogata con referendum popolare. In tale norma il Legislatore affermava chiaramente, in ossequio alla normativa comunitaria, il *favor* verso una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche, compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio. Conseguentemente, è possibile affidare l'erogazione di un servizio in esclusiva solo quando la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. In linea generale, nel citato articolo 4 veniva disposto che l'ente interessato avrebbe dovuto effettuare un'analisi di mercato attraverso la quale

rispetto a quella nazionale censurata dalla Corte Costituzionale¹⁶⁴. Inoltre, in via d'urgenza, il Legislatore Italiano è intervenuto con l'art. 34 del d.l. 179/2012 e, segnatamente, coi commi 20 e 21, rubricati “*misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*”.

In particolare, il comma 20 prevede, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, che l'affidamento del servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, con la quale dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta ed in cui definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste¹⁶⁵.

Pertanto, alla luce della ricostruzione normativa, nelle more dell'emanazione di una nuova disciplina organica, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali potrà avvenire mediante:

1. Gara ad evidenza pubblica, in applicazione delle norme inerenti gli appalti o le concessioni di servizi di cui al d.lgs n. 50/2016;
2. Affidamento a società a capitale misto pubblico e privato con procedura di gara di cui al d.lgs n. 50/2016, per la scelta del socio privato a cui attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (procedura cd. *a doppio oggetto*);

verificare l' idoneità della libera iniziativa economica a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Solo nel caso di esito negativo della verifica e previa approvazione di una delibera quadro, la pubblica amministrazione avrebbe potuto provvedere con l'attribuzione di diritti di esclusiva.

¹⁶⁴ Per un approfondimento sulla pronuncia Costituzionale n. 199 del 2012 cfr F.MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali* in *Le Regioni*, 2012

¹⁶⁵ L'elemento di novità della disciplina in esame riguarda l'introduzione della “relazione” che, salve le ipotesi di esclusione (gas, energia elettrica e farmacie comunali), è un atto prodromico e necessario per l'affidamento dei servizi pubblici locali. In tale atto l'ente pubblico deve infatti indicare le ragioni che l'hanno indotto a scegliere un determinato procedimento di aggiudicazione, anche con riferimento all'art. 106 TFUE.

3. Affidamento diretto a società *in-house* qualora sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario¹⁶⁶.

L'ente locale sceglie la forma di gestione più idonea al caso concreto e la tesi maggiormente ¹⁶⁷ condivisa è quella che considera tutte le forme normativamente previste su di un piano di parità.

Ad onor di verità, la scelta dell'organizzazione non viene solamente giustificata ma affronta una vera e propria fase di *procedimentalizzazione*, nel rispetto di tutti i principi che supportano la "partecipazione al procedimento amministrativo, alla trasparenza, all'accesso, alla motivazione espressa"¹⁶⁸ (benché ricada sull'ente il mero obbligo di motivare la scelta operata mediante la relazione disciplinata dall'art. 34 del d.l. 179/2012, come modificato dalla Legge di Stabilità 2015). La relazione *de qua* deve fornire un rendiconto non solo sul piano della conformità ai requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelto, ma deve altresì spiegare le ragioni che sottendono alla suddetta scelta con riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, economicità e qualità del servizio.

La gestione dei servizi qualificati come di rilevanza economica può essere affidata, secondo la giurisprudenza ¹⁶⁹, senza gara a società a capitale interamente pubblico, purché l'ente o gli enti pubblici sottoscrittori del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, inoltre, la società stessa realizzi la parte più

¹⁶⁶ Il nuovo Codice dei contratti, D. Lgs. 50/2016, contiene anche il recepimento della nuova disciplina in materia di "in house providing" dettata dalle Direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014 in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali. Il Codice introduce diverse novità anche in tema di affidamenti diretti. L'art. 192 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società "in house". L'iscrizione in tale elenco avviene secondo le modalità e i criteri definiti dall'ANAC (Linee guida ANAC n. 7).

¹⁶⁷ R. CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, cit, pp. 699 e ss.

¹⁶⁸ F. MERLONI, *L'assunzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario* a cura di, E. FOLLIERI, L. IANNOTTA *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010 e in Astrid, spec. 14 ss. con riferimento all'obbligo per l'ente locale di "giustificazione" della scelta.

¹⁶⁹ TAR Sardegna, sez. I, sentenza n. 1729 del 2 agosto 2005

importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

L'analisi sull'effettività del controllo operato dall'amministrazione sulla società partecipata, come sussistenza di un presupposto fondamentale per garantire l'utilizzo del metodo "meno concorrenziale" tra i tre individuati dall'art. 113, viene affrontata in maniera più approfondita dal TAR Friuli-Venezia Giulia con la sentenza n. 634 del 15 luglio 2005, dove si sostiene che la definizione di strumenti per l'intervento dell'Amministrazione in percorsi decisionali della stessa all'interno degli atti a monte della costituzione della società partecipata (cd. patti parasociali), costituisca forma penetrante di controllo, che interessa non solo gli atti di gestione straordinaria ma anche la gestione ordinaria.

Il TAR sardo, richiamando le indicazioni della giurisprudenza comunitaria e nazionale¹⁷⁰, enuclea una serie di elementi idonei a definire il controllo di cui sopra, qualificandolo alla stregua di un rapporto equivalente ad una relazione di subordinazione gerarchica, al punto che se il controllo dell'Amministrazione non fosse effettivo e neanche forte, verrebbe a mancare il presupposto ritenuto essenziale per l'affidamento diretto del servizio pubblico.

Dalle considerazioni che precedono deriva quindi un'ulteriore indicazione: l'affidamento *in-house* è possibile, anche per i servizi pubblici locali con rilevanza economica, solo quando i presupposti *ex art. 113, comma 5, lett. c)* del TUEL siano effettivi ed idonei a favorire un'incidenza reale dell'Amministrazione nei processi decisionali delle società controllate.

II.8. La gestione dei servizi pubblici privi di interesse economico

Nel caso di gestione di servizi privi di rilevanza economica, (ad esempio: servizi alla persona, culturali, sportivi etc.) l'Amministrazione potrà

¹⁷⁰ Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 168 del 25 gennaio del 2005 ed alla Corte di Giustizia delle C. E., causa C-107/98 del 18 novembre 1999).

prevedere una gestione in economia, ossia con mezzi e personale propri, oppure affidarli a:

- a) istituzioni;
- b) aziende speciali, anche consortili;
- c) società a capitale interamente pubblico (100%) (purché l'Ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano).

Nel caso dell'affidamento diretto o in economia, la disciplina è dettata dall'art. 113 bis, 2° comma del TUEL¹⁷¹ e rappresenta la modalità di gestione con cui il Comune provvede ad erogare il servizio con mezzi propri, solo in caso venga in rilievo la modestia delle dimensioni del bacino d'utenza, oppure nel caso residuale in cui le caratteristiche del servizio non rendano conveniente l'affidamento mediante le altre forme di gestione.

Con riferimento allo strumento dell'affidamento all'*istituzione*, questo è disciplinato dall'art. 114 e comporta il ricorso ad un organismo strumentale dell'ente locale per la gestione di servizi sociali, fornito di autonomia gestionale ma privo, tuttavia, di personalità giuridica. Si tratta, pertanto, di una struttura con autonomia di gestione organizzativa e di bilancio, che eroga servizi sociali di competenza comunale, realizzando gli obiettivi stabiliti dal Consiglio Comunale. Inoltre, questa pone in essere efficacemente¹⁷² tutti gli atti necessari allo svolgimento della propria attività grazie all'autonomia gestionale di cui è dotata.

Al primo comma, l'art. 114 regola altresì la forma gestionale dell'azienda speciale, dotata di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale, finanziaria e di un proprio statuto (approvato dal Consiglio comunale). Col

¹⁷¹ Dichiarato illegittimo dalla Sentenza n. 272 della Corte costituzionale del 27 luglio 2004

¹⁷² Le istituzioni devono uniformare la loro attività a criteri di efficacia, efficienza, economicità ed hanno l'obbligo del pareggio finanziario e dell'equilibrio economico, da perseguire tramite l'equilibrio costi/ricavi, compresi i trasferimenti dell'ente (costi sociali) (c. 4 art. 114 TUEL).

successivo articolo (il 115 del TUEL), il Legislatore prevede la facoltà per gli enti locali di trasformare con atto unilaterale le aziende speciali in S.p.A., utilizzando la procedura semplificata all'uopo prevista dal Codice Civile. Il Consiglio Comunale è competente di avviare tale procedimento e lo attua mediante delibera consiliare, poiché si tratta di aziende speciali e di partecipazione a società di capitali (il cui statuto va di norma approvato tramite la delibera predetta).

All'organizzazione dei servizi locali in forma associativa, nella gestione integrata, è dedicato un intero ed ulteriore capitolo, il V della presente trattazione.

II.9. La qualificazione dei servizi sociali

Per quanto concerne la qualificazione dei servizi sociali (che, nella più ampia accezione, interessano l'ambito socio-assistenziale e quello socio-educativo-culturale), non risulta attualmente alcun rilievo tale da indurre ad inquadrali in chiave di *“rilevanza economica”*.

Traendo ispirazione dalla definizione di servizio pubblico di rilevanza economica che emerge a chiare lettere dal TUEL, è possibile estrarre, in negativo, una definizione dei servizi privi di rilevanza economica¹⁷³.

Trattasi, dunque, di attività non suscettibili di entrare nel mercato (neppure in via potenziale) e di cui, per la rilevanza sociale delle stesse, gli enti pubblici devono garantire lo svolgimento.

Appare doveroso, ai fini della presente trattazione, citare le innovazioni apportate nel Terzo Settore dal d.lgs 117/2017¹⁷⁴, attraverso il quale si sono

¹⁷³ S.BUDELLI, *Servizi pubblici locali: verso una nuova economia sociale di «quasi-mercato» in Studi in onore di Claudio Rossano*, 2013

¹⁷⁴Codice del terzo settore (d.lgs 117/2017): *“Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

abbattute le barriere fra il primo ed il quinto Libro del Codice Civile, per poter approdare ad una forma ibrida di cd. Impresa Sociale.

Non è scorretto asserire che il Terzo Settore rappresenti un insieme di enti a carattere privato operanti in diversi ambiti, dall'assistenza alle persone con disabilità alla tutela dell'ambiente, dai servizi sanitari e socio-assistenziali all'animazione culturale. Spesso questi enti gestiscono servizi di *welfare* istituzionale e sono presenti per la tutela del bene comune e la salvaguardia dei diritti negati.

Le caratteristiche degli enti riconducibili al settore de quo sono:

- Essere un ente privato senza scopo di lucro
- Svolgere attività di interesse generale (definite dalla legge)
- Perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale
- Essere iscritto nel registro unico nazionale del Terzo Settore.

Talora, il settore in questione viene confuso con le organizzazioni *non profit*, un complesso di enti privati che operano senza redistribuire gli utili e che, in molti casi, intervengono in ambiti simili (come assistenza sociale, cultura, sanità, cooperazione internazionale).

Nonostante le affinità, il Terzo Settore rappresenta un perimetro ben delineato in cui non tutti gli enti *non profit* possono rientrare (si pensi, ad esempio, al requisito dello svolgimento di una o più attività di interesse generale). Ci sono poi soggetti che vengono *a priori* esclusi dalla Legge: sindacati, partiti e fondazioni di origine bancaria.

Il citato Testo Unico prova ad accogliere trasversalmente la nuova normativa di semplificazione del Terzo Settore e, segnatamente, prevede che l'iscrizione nell'apposito registro costituisca presupposto giuridico necessario per forme di convenzionamento non pienamente concorrenziali ad opera degli enti locali.

Talune forme di attribuzione del servizio, per le attività di interesse economico, potrebbero risultare contrarie alla disciplina comunitaria della

concorrenza, ergo, per ovviare, la l. 106/2016¹⁷⁵ impone al Legislatore Delegato (con l'art. 4 lett. o)) di *“valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale, nonché' criteri e modalità per la verifica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni”*.

Pertanto, emerge chiaramente l'intento del Legislatore: creare un sistema del Terzo Settore che sia in linea con la normativa europea, dunque, all'interno del quale chi eroga servizi di interesse economico generale sia sottoposto alla disciplina concorrenziale.

Giunti a questo punto della trattazione, è utile domandarsi e specificare quali servizi pubblici locali non siano suscettibili *“di essere attratti da logiche di mercato o di essere realizzati da soggetti del mercato e possano, quindi, essere ricondotti nell'ambito dei servizi privi di interesse economico”*¹⁷⁶.

All'uopo, viene in soccorso la più recente giurisprudenza comunitaria che si esprime in materia di deroghe legislative nazionali all'applicazione della concorrenza per i servizi di interesse economico generale. Nello specifico, la Corte di Giustizia¹⁷⁷ riflette sugli elementi idonei a poter sottrarre al regime della concorrenza un servizio di interesse generale in cui sia insussistente il carattere dell'economicità.

¹⁷⁵ Legge delega 106 del 2016 *“Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi”*.

¹⁷⁶ F. MIDIRI *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea* in *Federalismi.it* 22 marzo 2017

¹⁷⁷ Sentenza CG. UE. n. 113 del 2014

La Corte *de qua* ha elaborato un'interpretazione innovativa, individuando tratti comuni fra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il principio di solidarietà di matrice comunitaria: ravvisa l'essenza dei due principi nell'attività di solidarietà dei cittadini che realizzano compiti di interesse generale per la propria comunità, opera connotata essenzialmente dalla *“mancanza di un nesso diretto tra contributi pagati e prestazioni erogate ed in un vincolo personale”*¹⁷⁸.

La Corte di Giustizia ha quindi confermato la linea interpretativa per cui i veri e propri presupposti giuridici per escludere la disciplina concorrenziale (per servizi con riguardo ai quali è pur presente un mercato reale o potenziale) risiedono nella realizzazione piena dei fini sociali del servizio, nella solidarietà sociale e nella sostenibilità finanziaria dei compiti di interesse generale¹⁷⁹.

Con lo scopo di perseguire le dette finalità, sono ammesse deroghe al regime concorrenziale laddove mediante il mercato non possano essere realizzati gli stessi fini di interesse generale del servizio o non possano essere garantiti i medesimi standard qualitativi, ovvero l'efficacia e la sostenibilità finanziaria¹⁸⁰.

Alla luce delle considerazioni precedenti, è possibile concludere che il miglior criterio per identificare i servizi pubblici privi di interesse economico sia rinvenibile nella concretizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale come trasposizione italiana della solidarietà comunitaria¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cfr. CG UE sez. III, 05/03/2009 n. 350, in *Foro amministrativo*, CDS, 2009, p.3.

¹⁷⁹ Sentenza 113 Corte di Giustizia del 2014 *“gli art. 49 TFUE e 56 TFUE non ostano ad una normativa nazionale che prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”*

¹⁸⁰ Cfr giurisprudenza CG UE in tema di deroghe al regime giuridico della concorrenza: C-376/08; C-158/96; C 113/13, su quest'ultima, Vedi commento A.ALBANESE, *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato* in *Foro.it*, 2015 IV, 151

¹⁸¹ F.MIDIRI , *I servizi pubblici locali* , cit, p. 14 e ss.

Servizi pubblici essenziali

a. La disciplina dei servizi pubblici essenziali nell'ambito del diritto allo sciopero

Nell'ambito quindi di un generale riconoscimento del diritto di sciopero per lungo tempo, l'unica norma di riferimento addetta a regolare espressamente la materia di diritto in tema di sciopero è l'art. 40 della Costituzione, ove è statuito che il diritto di sciopero deve essere esercitato nell'ambito delle leggi che lo disciplinano¹⁸².

Nonostante l'espreso rinvio alla fonte legislativa primaria, il legislatore non si era occupato della questione, e non aveva introdotto una più dettagliata disciplina del diritto di sciopero. Tuttavia, si necessitava una regolamentazione della materia, alla luce dell'esigenza di dover contemperare l'esercizio del diritto di sciopero dei lavoratori con il diritto degli utenti di dover accedere ai servizi pubblici essenziali (di altrettanta rilevanza costituzionale).

Difatti, in rottura con l'impostazione antisindacale e repressiva del ventennio fascista, venivano comunque mantenute in vigore, e richiamate dal testo costituzionale, alcune norme del codice penale del 1930, gli articoli 330 e 333, che prevedevano i reati di abbandono (rispettivamente collettivo e individuale) di un pubblico servizio¹⁸³.

In un primo momento, ai liberi professionisti, tra cui anche agli avvocati il diritto di manifestare era riconosciuto quale mero diritto di associazione ex

¹⁸² M. RUSCIANO *Diritto di sciopero e assetto costituzionale* in *Rivista italiana diritto del lavoro fasc.* 1 2009 p. 49

¹⁸³ Con la tecnica della sentenza dichiarativa della parziale incostituzionalità o interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale, con le Sent. 28 dicembre 1962 n. 123, 17 marzo 1969 n. 31, 3 agosto 1976 n. 222 e 12 gennaio 1977 n. 4. e rimodellò il senso di in senso di tali articoli riducendone l'ambito di applicazione del loro contenuto. Per quanto concerne le altre norme incriminatrici, la Corte ne ridusse l'ambito operativo, riconoscendo allo sciopero economico-politico la tutela di cui all'art. 40 Cost. (sentt. 28 dicembre 1962 n. 123 e 15 dicembre 1967 n. 141), qualificando, entro certi limiti, lo sciopero politico puro come oggetto di libertà, tutelato dalla Costituzione quale mezzo di partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese (sentt. 27 dicembre 1974 n. 290 e 13 giu-gno 1983 n. 165) e riconoscendo la legittimità anche dello sciopero di solidarietà (sent. 28 dicembre 1962 n. 123).

art. 18 della Cost., da esprimersi mediante l'astensione dalle udienze o dall'attività professionale.

Agendo nella consapevolezza che il diritto di sciopero è anche un mezzo per l'attuazione dell'art. 3 della Costituzione, la Cassazione, ne aveva riconosciuto la titolarità in capo ai lavoratori autonomi parasubordinati¹⁸⁴, mentre la Corte Costituzionale¹⁸⁵ l'aveva estesa anche agli esercenti di piccole imprese, privi di lavoratori dipendenti, quale strumento per contrastare la loro situazione di sottoprotezione sociale¹⁸⁶.

Il primo intervento legislativo si registra nel 1990 con la l. n. 146. Tale provvedimento superò la sua originaria finalità di regolamentare l'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei pubblici servizi esclusivamente nell'ambito del lavoro subordinato e finì, attraverso la modifica operata dalla l. 83/2000, per estenderne l'applicazione anche alle forme di astensioni collettive dal lavoro dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori la cui attività fosse comunque connessa all'erogazione di servizi pubblici essenziali (es. avvocati).

La legge in oggetto qualifica come servizi pubblici essenziali quei servizi volti al godimento di tali diritti, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, sia essa pubblica o privata, dipendente ovvero autonoma, al fine di bilanciare il diritto di sciopero con *"i diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione"*.

Il ruolo di elencare, a titolo esemplificativo, le attività nelle quali, in caso di sciopero, deve essere assicurata l'erogazione delle prestazioni qualificate è affidata all'art. 1 della l. 146/1990. Tale elenco, tuttavia non rappresenta un *numerus clausus*, rinunciando così a disciplinare in maniera compiuta le modalità di esercizio del diritto e lasciando invece ampi margini decisionali

¹⁸⁴ Con la sentenza della Corte di Cass. del 29 giugno 1978 n. 3278

¹⁸⁵ Con la sentenza della Corte cost. 17 luglio 1975 n. 222

¹⁸⁶ Con la sentenza della Corte cost. 16 maggio 1996 n. 171

alla contrattazione collettiva, indicata dalla medesima legge, come fonte delegata per completarne la disciplina.¹⁸⁷

Nel caso del pubblico impiego privatizzato, l'annoso compito integrativo viene svolto non solo dai contratti collettivi (stipulati secondo le modalità appositamente previste per questo settore), ma anche dai regolamenti di servizio redatti con le rappresentanze del personale; mentre, nell'area del lavoro autonomo, la medesima funzione viene svolta dai codici di autoregolamentazione.

Il ruolo integrativo dei contratti collettivi è quindi preminente con l'obbligo di prevedere procedure di conciliazione obbligatorie prima della proclamazione dello sciopero (art. 22), per il quale deve essere comunicato un congruo preavviso di almeno 10 giorni e del quale devono essere indicate la durata, le modalità e le motivazioni (art 2.1 e 2.5).

D'altra parte, le imprese erogatrici sono tenute a dare comunicazione agli utenti almeno 5 giorni prima dello sciopero, e costituisce inoltre forma sleale di azione sindacale da parte delle organizzazioni sindacali il cd. "Effetto annuncio" quello per cui si revoca lo sciopero dopo aver sfruttato, a fini negoziali, lo scompiglio organizzativo che segue all'annuncio¹⁸⁸. Sul piano sanzionatorio, le sanzioni previste per i lavoratori sono di natura disciplinare o pecuniaria, mentre per le organizzazioni sindacali e per i responsabili delle imprese erogatrici sono invece soggetti a sanzioni pecuniarie amministrative¹⁸⁹.

b. La Commissione di Garanzia

Nella disciplina complessiva del fenomeno dei servizi essenziali, è d'obbligo chiamare in causa il ruolo fondamentale svolto dalla Commissione di Garanzia, un'autorità amministrativa indipendente che tramite le sue

¹⁸⁷ M. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Diritto del Lavoro*, 1992

¹⁸⁸ Per un approfondimento sul tema del ruolo integrativo della contrattazione collettiva Cfr. P. PASCUCCI, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 2000

¹⁸⁹ R. SCIOTTI, *Fruizione del patrimonio culturale e diritto di sciopero* in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, fasc. n. 3/2015i

delibere ha contribuito significativamente a definire le modalità attuative della regolamentazione contenuta nella legge n. 146/1990.

La Commissione, per il suo ruolo è autorizzata ad emettere “atti paranormativi”¹⁹⁰ che si inseriscono in un sistema di fonti idonee a costituire la disciplina che regola il diritto di sciopero. È possibile elencare tre tipologie di atti della Commissione che contengono prescrizioni generali ed astratte (atti sostanzialmente normativi):

- Valutazione di idoneità dei contratti collettivi volti a stabilire le prestazioni indispensabili in caso di sciopero (art. 2, c. 4°, e art. 13, c. 1° lett. a));
- La proposta sostitutiva in caso di valutazione negativa (art. 13, a. 1°, lett. a), II periodo);
- La proposta sostitutiva in caso di mancato accordo (art. 13, c.1°, lett. a), I periodo).

Va tuttavia sottolineato che la Commissione di Garanzia, diversamente da altre autorità indipendenti (ad es. ANAC) non è l'unica ad intervenire nella materia di sciopero, difatti l'altro attore decisionale, come già detto, è rappresentato dall'autoregolazione collettiva.

La l. 146/1990 indica, come procedimento per l'individuazione delle prestazioni indispensabili, un procedimento “ordinario” composto da una prima fase di iniziativa, rimessa alle parti sociali (organizzazioni sindacali e datori di lavoro), in cui può intervenire anche la Commissione con un mero ruolo propulsivo.

La successiva fase costitutiva, invece, consiste nel raggiungimento dell'accordo tra le parti sociali, inteso quindi come il risultato della necessaria negoziazione fra le parti coinvolte. Per l'ultima fase, la legge sullo sciopero desume che gli accordi vengono recepiti in regolamenti aziendali di

¹⁹⁰ M. OLIVETTI, *L'attività paranormativa della commissione di garanzia di cui alla l. 146/1990, tra diritto dello Stato e diritto dei privati*, in *Osservatorio sulle fonti* a cura di U. DE SERVIO, 1999, Torino 2000

servizio, i quali sono poi soggetti alla valutazione di idoneità da parte della Commissione di Garanzia.

Un ulteriore strumento di garanzia idoneo a controbilanciare il diritto di sciopero, è quello della precettazione, che fino al 1990 trovava la sua fonte nell'articolo 20 testo unico della legge comunale e provinciale n. 383/1934, questa infatti attribuisce al prefetto il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica¹⁹¹.

La precettazione consiste in un'ordinanza del Prefetto,¹⁹² ed in caso di conflitto di rilevanza nazionale o interregionale dal Presidente del Consiglio, con la quale, dopo aver tentato una conciliazione fra le parti, si dispone il differimento dello sciopero ad altra data, ovvero se ne riduce la durata, ovvero si impone di osservare misure idonee ad assicurare livelli di funzionamento compatibili con la salvaguardia dei diritti costituzionalmente tutelati (art. 8.2)¹⁹³.

Il sistema delineato dal legislatore per l'individuazione dei servizi pubblici essenziali la cui erogazione prevale sul diritto di sciopero delinea un modello normativo che combina l'intervento autonomo ed eteronomo, coerente con la scelta di opportunità politica del diritto, le cui regole, riguardanti i rapporti di lavoro, possono essere elaborate più efficacemente dagli stessi attori collettivi, mentre all'intervento legislativo spetta il ruolo di dare sostegno alle disposizioni collettive e di assicurare la garanzia finale degli interessi generali¹⁹⁴.

¹⁹¹ La legge del 1990 all'art. 8.11 ha dettato una disciplina specifica di precettazione speciale per il caso in cui "sussista il fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati".

¹⁹² Per un approfondimento sul tema della precettazione, Cfr. G.ORLANDINI, *Il procedimento di precettazione*, in *La nuova disciplina*

¹⁹³ Il mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza di precettazione è quello dinanzi al TAR.

¹⁹⁴ T. TREU, Commento agli artt. 1, 2, 3,19, in *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990*, n. 146 a cura di T. TREU, A. GARILLI, M. ROCCELLA, P. PASCUCI, cit., 21

Per la qualifica di essenzialità di un servizio pubblico, il legislatore opta per la cd. *Tecnica definitoria composita*¹⁹⁵, basata cioè su una duplice valutazione.

All'art. 1, comma 1 della l. 146 del 1990 e ss.mi. si richiama il criterio cd. Teleologico che definisce i servizi pubblici essenziali attraverso l'elencazione dei diritti della persona costituzionalmente tutelati cui tali servizi sono funzionali; nel secondo comma, invece, indica l'utilizzo del criterio cd. analitico, attraverso l'elencazione di una serie di servizi in tutto o in parte essenziali. È pacificamente riconosciuto che i due elenchi hanno funzioni differenti; se infatti i diritti di cui al primo comma hanno una valenza tassativa, quelli di cui al secondo comma sono meramente indicativi¹⁹⁶.

Ebbene, l'essenzialità di un servizio è un concetto sul quale si riversano le conseguenze di tutte le trasformazioni storiche che coinvolgono l'evoluzione delle strutture organizzative, i bisogni sociali e le relazioni della collettività, pertanto è soggetto a continui cambiamenti.

Infatti, ben consapevole della difficoltà di imbrigliare tale concetto, la scelta del legislatore di predisporre un elenco non tassativo, ma indicativo, risulta il frutto di una profonda riflessione volta a munire la normativa di una singolare elasticità, tale da rendere possibile un continuo aggiornamento interpretativo della stessa¹⁹⁷.

La l. 146 del 1990 demanda il compito di individuare la definizione di carattere generale di cui al primo comma dell'art. 1 a due fonti, la contrattazione collettiva ex art. 2 ed, in caso, di inerzia di quest'ultima alla Commissione di Garanzia ex art. 12 e 13.

L'art. 13, primo comma, lett. a) prevede che la Commissione di Garanzia possa sollecitare le parti sociali ad adottare degli accordi sulle prestazioni indispensabili. Successivamente la valutazione di idoneità dell'accordo sarà

¹⁹⁵ R.SCIOTTI, *Fruizione del patrimonio culturale*, cit, pp. 501 e ss.

¹⁹⁶ T. TREU, *Le regole sullo sciopero nei servizi pubblici dopo la legge n. 83/2000* in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*- 2001

¹⁹⁷ F.CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU, *Il diritto sindacale*, 2002, p. 284.

rimessa all'Organo di garanzia in considerazione dei requisiti sulla essenzialità del servizio posti all'art. 1, primo comma¹⁹⁸.

Tuttavia, in caso di mancata ottemperanza da parte della contrattazione collettiva delle regole anzidette, interviene, in via sussidiaria, la Commissione di Garanzia alla quale sono riconosciuti i poteri di poter emettere sanzioni, a carico dei sindacati, dei singoli partecipanti allo sciopero, dei dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e dei legali rappresentanti delle imprese ed enti che erogano il servizio.

La Commissione di Garanzia valuta l'idoneità degli accordi può, in caso di esito negativo, stabilire una regolamentazione da doversi attuare *medio tempore* al raggiungimento di un idoneo accordo.

L'organo di garanzia, così, è chiamato ad assicurare che le prestazioni indispensabili e le altre misure da assicurare in caso di sciopero vengano innanzitutto previste e determinate, potendo incentivare in tale prospettiva la contrattazione collettiva ed esercitare una possibile iniziativa d'ufficio qualora le parti sociali risultino inerti.

Un elemento che emerge nella procedura appena descritta è la necessaria bidirezionalità degli accordi che devono essere frutto di una contrattazione bilaterale provenienti da due contesti opposti così da garantire la natura negoziale frutto di un contemperamento degli interessi coinvolti.

La Commissione è stata pertanto più volte chiamata ad esprimersi, sia in via normativa che interpretativa, sulla essenzialità di un servizio e conseguente sottoposizione dello stesso agli obblighi di cui alla l. 146/1990. Il criterio logico-deduttivo utilizzato, è quello del rapporto di strumentalità del servizio con il soddisfacimento di uno dei diritti della persona, tassativamente elencati al primo comma dell'art.1.

Tale strumentalità può essere individuata direttamente, ovvero indirettamente; la valutazione è chiaramente da operarsi caso per caso, tenendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti e valutando l'incidenza

¹⁹⁸ M. GRANDI, M. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit. 1213.

che l'esercizio del diritto di sciopero può avere sul funzionamento del servizio pubblico essenziale.

c. Gli eventi del 2015 e l'inclusione dei servizi pubblici in tema di beni culturali fra i servizi pubblici essenziali

La *mela della discordia* che ha provocato gli eventi della “estate calda”¹⁹⁹ del 2015 e che ha portato all'evoluzione della normativa nei modi in cui si dirà di seguito, è da identificarsi, fra le altre, anche nella richiesta di sbloccare i fondi che servivano a pagare i salari accessori di tutti i lavoratori (dell'allora Mibact relativi al 2014 e 2015²⁰⁰).

I sindacalisti, a Roma, avevano sbarrato i cancelli rendendo così inaccessibili il Colosseo, il Foro Romano e Palatino, le Terme di Diocleziano e di Ostia Antica, creando innumerevoli disagi per il turismo e la mobilità della città.

La risposta da parte della politica pervenne nel corso della medesima giornata attraverso l'emanazione di un Decreto Legge, il n. 146/2015, emesso con ragioni di urgenza, con l'obiettivo di far rientrare nel novero dei servizi pubblici essenziali anche i servizi relativi ai beni culturali.

Le ragioni di urgenza ex art. 77 della Costituzione (seppur taluni autori non celano un certo scetticismo sulla legittimità costituzionale del provvedimento²⁰¹), apparivano pienamente sussistenti alla luce della “*straordinaria necessità di assicurare la continuità del servizio pubblico di fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione*”, considerando che a Milano era in corso l'Expo 2015 e che Roma si stava preparando per l'apertura del Giubileo straordinario.

¹⁹⁹ Così definita da C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero* in *Aedon*, 3/2015

²⁰⁰ Per una ricostruzione maggiormente precisa sul contenuto delle proposte e sulla negoziazione svoltasi Cfr. M.P.MONACO, C.CATANOSO, Ministeri, in *Relazione sull'attività della Commissione 1° gennaio 2005 – 30 giugno 2006, Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Roma, 2006, pp. 61 e ss.

²⁰¹ C.ZOLI, *La fruizione dei beni culturali*, Cit.; R.SCIOTTI, *Fruizione del patrimonio culturale e diritto di sciopero*, cit.

L'intervento normativo è consistito nell'integrazione dell'elenco dei servizi pubblici essenziali, aggiungendo *“l'apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all'art. 101 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, e successive modificazioni”*.

É infatti rilevante menzionare che nell'elenco dei servizi pubblici essenziali vi fossero già ricompresi i servizi di vigilanza sui beni culturali, pertanto la novità normativa apportata da quest'ultimo intervento si sviluppa proprio sul concetto di *“fruizione del patrimonio artistico, archeologico e monumentale”*.²⁰²

L'ambito di attuazione del decreto legge è stato meglio definito dalla legge di conversione adoperata dalle Camere attraverso la quale si è circoscritta la qualificazione di luogo della cultura ai soli luoghi appartenenti ai soggetti pubblici (attraverso il riferimento al solo comma 3, dell'art. 101, ai sensi del quale *“Gli istituti ed i luoghi di cui al comma 1 che appartengono a soggetti pubblici sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico”*), ciò al fine di evitare l'illimitata attuazione della disposizione normativa richiamata con riguardo ai *“luoghi della cultura”* che sembra prescindere dall'attribuzione pubblica o privata²⁰³.

La ragione di tale *discrimen* è da riscontrarsi non propriamente nell'elemento soggettivo che caratterizza la proprietà (ovvero la gestione: pubblico o privato), quanto nella diversa funzione sociale da questi svolti come riconosciuto dal Codice dei beni culturali.

Il Codice infatti stabilisce che, se i beni culturali appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici devono essere aperti al pubblico e offrire un *servizio pubblico*, se invece appartengono a soggetti privati, e sono aperti al pubblico, *svolgono un servizio privato di utilità sociale*.

²⁰² G. ORLANDINI, *Prima nota sul decreto legge n. 146/2015*, pubblicato sul sito della Cgil

²⁰³ Art. 10 d.lgs 42 del 2004, *“1. Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.”*

Difatti seppur la fruizione pubblica dei beni culturali (*alias* il godimento da parte della collettività) è uno dei "*principi*" del Codice²⁰⁴, rappresenta altresì una delle finalità dell'attività di valorizzazione, che si realizza incoraggiando la conoscenza dei beni culturali, per promuovere lo sviluppo della cultura rispettando la missione promossa dall'articolo 9 della Costituzione.

D'altronde le recenti riforme dell'organizzazione del Ministero della Cultura fanno emergere la ricerca di un sistema istituzionale versatile che sia in grado di far fronte alle numerose esigenze che si palesano (come ad esempio il riconoscimento di una Soprintendenza apposita che sia in grado di gestire il nuovo piano comunitario di investimento PNRR)²⁰⁵.

Sul punto, si è espresso il Consiglio di Stato con due sentenze relative al Parco archeologico del Colosseo²⁰⁶, il quale, accogliendo gli appelli del Ministero Dei Beni Culturali, si pronuncia su tre questioni: quella del necessario coinvolgimento di Roma Capitale nel processo decisionale; quella della fonte istitutiva; quella in merito al conferimento dell'incarico di direzione del Parco archeologico del Colosseo anche a cittadini non italiani.

Alla luce dell'analisi svolta è possibile individuare l'oggetto di tutela nella garanzia di assicurare una continuità nell'erogazione dei servizi in ambito culturale, siano essi di vigilanza (per logiche ragioni di sicurezza) sia di fruizione.

In tal modo, le forme di manifestazioni sindacali sono assoggettate agli obblighi dettati dalla normativa della L.146/1990, sopra illustrati, con riferimento all'obbligo di avviso, di regolamentazione e di comunicazione dello sciopero nei modi e nei tempi.

²⁰⁴ Articolo 1, comma 4 e articolo 102

²⁰⁵ Per un approfondimento sugli effetti della riforma dell'amministrazione per il patrimonio culturale sul diritto amministrativo, Cfr. L.CASINI, *Una "revolution in government"? La riforma amministrativa del patrimonio culturale* in *Rivista Trimestrale del Diritto Pubblico*, fasc.2, 1 giugno 2018, pg. 693

²⁰⁶ Queste sentenze - Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3665 e 3666 del 2017 – ricostruiscono in modo accurato lo speciale quadro normativo che il legislatore ha istituito a partire dal 2014 ad oggi.

Tale forma di garanzia per i servizi in ambito culturale si estendono pertanto non solo alle manifestazioni di sciopero in senso stretto, ma a tutte le forme di manifestazioni sindacali. Infatti, si nota che la chiusura dei luoghi della cultura durante i citati eventi dell'estate del 2015, erano motivati dall'assemblea sindacale, non da sciopero. È stata pertanto accolta dalle parti sociali un'interpretazione estensiva della materia, ampliando le regole applicabili allo sciopero anche alle assemblee proclamate ai sensi dell'art. 20 della l. 300/1970 facendo leva sulla necessità di tutela degli utenti dei servizi pubblici essenziali²⁰⁷.

Si noti che, in ogni caso, la modifica legislativa potrà produrre effetti pieni e generalizzati solo all'esito del procedimento necessario per la definizione di una nuova regolamentazione concordata nel settore dei beni culturali conforme alle previsioni del nuovo disposto normativo. Le intese raggiunte dovranno successivamente superare il vaglio di idoneità concesso dalla Commissione di Garanzia, in tema di beni culturali, come per gli altri diritti essenziali (in caso di inerzia delle parti la Commissione sarà tenuta ad intervenire con lo strumento della precettazione ed in caso di violazione, al conseguente sistema sanzionatorio).

Tale nuovo assetto normativo sembrerebbe coerente con i principi costituzionali di cui all'art. 9 della Costituzione e con il Codice dei Beni culturali e del paesaggio, il quale, all'art. 3, prevede che la tutela del patrimonio culturale deve garantire *“la protezione e la conservazione per i fini di pubblica fruizione ed espletamento di un servizio pubblico”*.

Nell'ambito delle considerazioni in corso non si può neppure ignorare il ruolo economico che il mondo della cultura apporta al nostro Paese e dell'ingente industria turistica la cui economia ruota attorno alla fruizione di tali luoghi²⁰⁸.

²⁰⁷ R.SCIOTTI, *Fruizione del patrimonio culturale e diritto di sciopero*, cit, p. 503

²⁰⁸ Nel 2017 l'industria turistica italiana conferma il suo ruolo fondamentale per l'economia del Paese, dando seguito all'andamento positivo già in atto dal 2016 e che, secondo le previsioni, si protrarrà anche nel 2018. Questo è quanto emerge dall'ultimo report del World Travel and Tourism Council che analizza l'impatto economico del settore viaggi e turismo nel mondo e nei singoli Paesi. In cifre, il contributo totale del turismo all'economia italiana

Pertanto celata dietro le ragioni di opportunità politiche che hanno spinto l'urgenza dell'emissione del d.l. 146 del 2015, sembra delinearsi molto più che un diritto individuale del turista alla visita dei luoghi della cultura, ma un vero e proprio diritto sociale²⁰⁹ i cui vantaggi si riversano sul ruolo economico e sociale svolto in Italia dalla fruizione dei beni culturali.

Conclusioni

Attraverso questo secondo capitolo, è possibile comprendere pertanto che il miglior strumento giuridico in possesso nelle mani dello Stato, affinché questo possa intervenire sui cittadini, sia quello dei servizi pubblici.

Come si è avuto modo di vedere, la disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale ha subito numerose modifiche, dovute anche alla necessità di armonizzare la normativa nazionale con i principi dell'ordinamento UE ed i più recenti interventi del legislatore si sono concentrati sull'assetto organizzativo per lo svolgimento dei servizi. In particolare, è stato introdotto l'obbligo per gli enti locali di partecipare agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali ed è intervenuta la legge 56 nel 2014 (c.d. legge Delrio), che ha riconosciuto in capo alle città metropolitane la titolarità, quale funzione fondamentale, dei compiti di organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano. Inoltre con il nuovo Codice appalti è stata rielaborata la disciplina in materia di affidamenti *in-house* per adeguarla alle direttive europee del 2014 in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali.

Pertanto, al netto della problematica connessa all'organizzazione sul territorio, come integrare i servizi culturali e quelli sanitari? Lo sforzo, in tal senso che ci viene richiesto di compiere, non si esaurisce nella somma

nel 2017 è stato di 223,2 miliardi di euro, pari al 13% del PIL. Rispetto al 2017 si stima un incremento dell'1,8% per l'anno in corso, che porterà il valore economico del settore a 227,3 miliardi di euro. Fonte: elaborazioni ONT su dati WTTC, http://www.ontit.it/opencms/opencms/ont/it/stampa/in_evidenza/WTTC_in_crescita_il_contributo_del_turismo_al_PIL

²⁰⁹ Sono i diritti dei cittadini a ricevere delle prestazioni da parte dello stato. La Corte costituzionale ha costantemente sostenuto che i diritti sociali devono essere oggetto di bilanciamento con le esigenze organizzative e di finanza pubblica: consistendo in una pretesa di prestazione, essi hanno dei costi.

algebraica delle norme che regolano rispettivamente i servizi socio-sanitari e quelli culturali, l'innovazione non può avvenire, infatti dalla selezione, per quanto accurata possa essere, delle norme "migliori" appartenente alla gestione dei servizi socio sanitari e di quelli culturali appena esposti. Ciò che infatti si richiede è di coniare un nuovo ordinamento che metta a sistema e coordini i conflitti insiti nelle norme dei relativi sistemi appena citati.

Difatti, se si pensasse all'integrazione come una forma di "rivoluzione" normativa, non si farebbe altro che replicare il moto circolare di una serie di costrutti logico-giuridici che porterebbero al punto di partenza, due rette parallele due ordinamenti che regolano la fornitura di servizi che, come abbiamo ampiamente analizzato, soddisfano due aspetti distinti dell'uomo, la salute e la cultura. L'innovazione, invece, passa dall'in-novus, ovvero introduzione di nuovi metodi da affrontare con nuova metodologia. Nel prossimo capitolo, si partirà analizzando alcuni punti di connessione individuati nell'ambito dei servizi sanitari e quelli culturali nonché le loro relazioni.

CAPITOLO III

L'erogazione dei servizi integrati

Sommario: Premessa; **1.** La gestione integrata dei servizi: l'intervento del privato; **2.** I servizi misti pubblici privati nella fase della prevenzione; a) Il medico di base e le ASL nella determinazione dei LEA; b) I servizi culturali; **3.** I servizi misti pubblici privati nella gestione e trattamento della terapia; **4.** Il regime di concorrenza; Conclusioni.

Premessa

Nel presente capitolo, ci si propone di proporre i possibili punti di connessione fra l'erogazione dei servizi sanitari e di quelli culturali sui quali è possibile gettare le basi di fondate riflessioni sull'integrazione dei citati servizi.

Il primo punto di connessione individuato e che si intende evidenziare, afferisce al ruolo dei privati che intervengono, con la propria attività imprenditoriale, nell'erogazione dei servizi sia nell'ambito dei servizi sanitari, sia nel contesto dei servizi culturali. Seppur con una diversa matrice organizzativa, entrambe le categorie dei servizi sono accomunate dall'intervento dei privati che si insinuano in un complesso ordine di obbligazioni. La prima obbligazione è quella derivante dall'assunzione del servizio che, per legge,²¹⁰ instaura una relazione fra il soggetto pubblico, al quale è demandato l'organizzazione dell'offerta di una prestazione²¹¹, e l'utente per il quale risulta doverosa riceverla²¹². Difatti si parla di servizio è pubblico in quanto esso è reso al servizio del pubblico²¹³, ed è finalizzato a

²¹⁰ G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari – Cacucci editore 2004, p.46

²¹¹ J. SPORTOLETTI, *Diritto amministrativo prestazionale: nozione e modalità di affidamento dei servizi pubblici tra disciplina nazionale ed eurounitaria*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 04, Aprile 2022

²¹² Sul diritto soggettivo del cittadino a percepire la prestazione, si Veda D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro Italiano*, Il Foro Italiano Vol. 111, PARTE QUINTA: MONOGRAFIE E VARIETÀ (1988), pp. 205 e ss.;

²¹³ F.LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *Democrazia e amministrazione*, G. MARONGU (a cura di) G.C. DE MARTIN, Milano

soddisfare i bisogni della collettività, in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso²¹⁴. Come si è già avuto modo di vedere, l'ambito dell'organizzazione dei servizi cd. essenziali, gode di una presunzione di assoluta di imprescindibilità²¹⁵, difatti l'ampliamento normativo apportato dalla d.l. 146/2015 eleva il diritto dell'utente (cittadino o straniero) alla fruizione del bene culturale ad interesse di rilievo costituzionale. Conseguentemente, l'attenzione non può non implicare un possibile ampliamento della portata dei diritti di terza generazione fino a ricomprendere i diritti socio-culturali che sono in corso di definizione nell'ambito di una scienza che ha trovato un forte supporto anche a livello sovranazionale (report OMS – 2019)²¹⁶ ed una risposta sulle sperimentazioni promosse da parte sia di pubblici che di privati.

In *secundis*, dall'analisi dell'organizzazione disposta nell'erogazione dei servizi socio sanitari integrati nonché di quelli culturali, sembra poter definire un nuovo sistema di servizi integrati culturali-sanitari, anche grazie al ruolo svolto ad opera del terzo settore e dei privati nel mercato.

III.1. La gestione integrata dei servizi: l'intervento del privato

I servizi pubblici, hanno rappresentato per l'Italia repubblicana uno strumento fondamentale di governo dell'economia e della distribuzione del benessere. Sin dagli inizi degli anni 50 del novecento, si è perseguita l'idea che al di là dell'erogazione dei servizi quali strumenti di soddisfazione dell'utenza, vi fosse il perseguimento di finalità politiche ed economiche²¹⁷.

1992, p. 163 e ss. :A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, p. 18 e ss.

²¹⁴ Doveri del servizio pubblico si v. A. ROMANO, *Profili di concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 472

²¹⁵ La Dichiarazione universale dei diritti umani riconosce numerosi diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, ICESCR) è la fonte giuridica internazionale primaria dei diritti economici, sociali e culturali.

²¹⁶ Per un approfondimento sul report OMS – 2019, si rimanda al Capitolo I, par. 5.

²¹⁷ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Utet, 2001, pp. 168 e ss.

Come già ampiamente affrontato nei primi capitoli, la disciplina dei servizi pubblici si è formata all'indomani dell'unificazione d'Italia, pertanto nella seconda metà dell'ottocento con l'introduzione del monopolio postale e del servizio pubblico-privato che gestiva di gestione della rete e del trasporto ferroviario. Al fine di perseguire tale finalità, sono state attribuite al Cipe²¹⁸ non soltanto le funzioni di indirizzo nella formulazione dei piani di investimento pluriennali riguardanti i principali servizi pubblici, ma altresì dell'indirizzo, cui il Cipe e le amministrazioni ministeriali dovevano attenersi (a partire dalla disciplina dei prezzi e della potestà tariffaria), attraverso il potere di emettere direttive²¹⁹.

Un'innovazione normativa è arrivata nel novecento con la fase della municipalizzazione dei servizi locali e l'acquisizione dello Stato, delle ferrovie e dei servizi telefonico. Tra le due guerre mondiali è intervenuta una regolamentazione dei servizi aerei e servizi radiofonici e postali. All'indomani dell'entrata in vigore della costituzione, si è compiuta l'introduzione dei servizi degli idrocarburi e della nazionalizzazione dei servizi dell'energia elettrica.

Nell'ambito dei processi di liberalizzazione del mercato dei servizi di pubblica utilità, la regolazione dei servizi pubblici rappresenta la terza fase dell'evoluzione²²⁰.

Nella prima si è assistito ad una trasformazione delle aziende e delle amministrazioni autonome in enti pubblici economici, sia nazionali che locali, in modo da introdurre in tutti i settori una gestione imprenditoriale secondo le norme di diritto privato. Resta tuttavia inalterato il modello di gestione tradizionale, in quanto il servizio è ancora affidato a soggetti pubblici. Nella seconda fase si è assistita alla cd. privatizzazione "formale"

²¹⁸ Il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (Cipe) ha supportato l'emissione della legge n. 481 del 1995 con la quale sono state così introdotte, le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ovvero delle autorità indipendenti con funzioni di regolazione e di controllo, preposte tra l'altro a garantire gli interessi dei fruitori dei servizi.

²¹⁹ Art. 1 d.P.R. n. 626 de 11968 ai sensi del quale il C.I.P. Doveva attenersi alle direttive generali emesse dal CIPE. La medesima potestà tariffaria viene inoltre discussa dalla Corte Cost. n. 72 del 1969 in Giur. Cost. 1969 pp. 1070 e ss.

²²⁰ Opt. Cit. G. IACOVONE, *Regolazione* p.43

che consisteva nella modifica dello statuto soggettivo degli esercenti dei pubblici servizi, che hanno assunto la forma di società per azioni, ovvero di un istituto giuridico proprio del diritto privato²²¹, lasciando tuttavia ancora inalterata la “sostanza”, in quanto il pacchetto azionario di controllo risultava ancora in mano pubblica, essendo detenuto dallo Stato o dagli enti locali²²².

A causa dell'indebitamento cronico dell'ente erogatore del servizio, dell'aggravio della finanza pubblica e della cattiva qualità del servizio offerto, nonché dalla generale insoddisfazione dei cittadini,²²³ si è optato per un cambio di rotta trainato dal processo di privatizzazione cd. “sostanziale”.

Con la terza ed ultima tappa di questa evoluzione, si è realizzato il trasferimento di queste società in mani private: sono state cioè alienate la maggioranza delle azioni ad imprenditori, investitori e risparmiatori privati. Con il completamento di questo processo è tuttavia venuta meno la “possibilità di assorbire la cura dell'interesse generale nel regime proprietario dell'erogatore”: gli esercenti diventarono infatti portatori di un interesse egoistico opposto rispetto a quello degli utenti.

Nell'ambito di un'organizzazione così complessa come quella della gestione di servizi integrati fra pubblici e privati, viene in rilievo il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 della Cost., ed in particolare dei suoi corollari dell'efficacia, dell'efficienza e della continuità.

Tale focus sul buon andamento, di cui si dirà meglio a breve, accoglie la sintesi di una buona organizzazione che amplia il cono prospettico del concetto stesso di “andamento” preoccupandosi di coinvolgere tutte le fasi

²²¹ S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, Milano, Cedam, 2010, p.39

²²² G. RUSSO, *Il caso del servizio idrico integrato nel quadro dei servizi pubblici locali, tra continuità e discontinuità*, in *GiustAmm.it*, 2021, fasc. 4, pp.1-16

²²³ Sul punto G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritto per Mario Nigro*, Milano, Giuffrè, 1991, II, p. 349, in cui l'autore denuncia il cd. “paradosso dei servizi”, in quanto “ciò che è stato pensato in funzione di liberazione dei singoli e della collettività, lungi dal consentire un miglior espletamento delle scelte e delle preferenze dei singoli, come nell'idea originaria del servizio pubblico, si è tramutato in una nuova e diversa forma di dominio e di condizionamento degli stessi”.

organizzative dell'attività amministrativa, adottando una metodologia tipica del *project management* ²²⁴ in cui la percezione finale, quella del soddisfacimento dell'utente, non è altro che un parametro rispetto agli standard inizialmente stabiliti e rispetto ai quali la PA deve ricalibrare via via il processo al fine di ridurre il delta di discrepanza esistente fra gli standard e la prestazione effettivamente resa.

Con riferimento al principio di efficienza, questo ricadere sull'Amministrazione ed è preteso direttamente dalla legge. Il corollario della ricostruzione tratteggiata, è il dovere enunciato dalla direttiva del 1994 di erogare le prestazioni di servizio pubblico secondo i principi di regolarità e senza interruzioni²²⁵.

In tale ottica, opera un capovolgimento della impostazione, solitamente, più privilegiata: l'operatività del buon andamento non trova collocazione nell'ambito del "percepito", ma al contrario il buon andamento emerge dalla capacità di gestione del processo la cui percezione è solo parte del processo di gestione.

La dottrina²²⁶ si è affannata a ricondurre il tema dell'efficienza negli schemi tradizionali del diritto amministrativo e innanzitutto al principio di legalità, passando per il tramite del principio del buon andamento, così da poter disporre anche, del supporto di un fondamento costituzionale²²⁷. Il buon

²²⁴ Sulla qualità dell'azione dell'amministrazione e sui criteri e parametri di valutazione dei servizi culturali, si dirà meglio in seguito nel capitolo VI. Sul tema, si v. C. D'ARES, *La qualità dell'azione amministrativa*.

²²⁵ Il principio di continuità, era stato richiesto espressamente dalla Direttiva EU n 97/67/CE in cui all'art. 3 impone agli Stati membri di "garantire la fornitura permanente di servizio postale".

²²⁶ a cura di L.IANNUCCI E A.DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale*

²²⁷ A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Giuffrè, 2017, pp. 40 ss.; v. anche F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO, Torino, 2016; per la connessione con i profili della responsabilità v. L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; per un esame degli strumenti v. Lupò Avagliano (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano, 2007 .

andamento²²⁸ è certamente inteso come “cardine della vita amministrativa e (...) condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale”²²⁹.

Dunque nel definire una nuova nozione di “corretto funzionamento” nell'ambito dell'azione dei pubblici servizi, gli utenti che non sono più meri destinatari dell'attività amministrativa ma sono parte integrante del processo e come tale, sono in grado di condizionare il perseguimento dell'interesse pubblico²³⁰.

Su questa strada si è incamminata anche la giurisprudenza²³¹ amministrativa e ordinaria, che ha, ad esempio, cercato di ricondurre il principio di efficienza nella cosiddetta legalità “sostanziale”. Secondo tale lettura, il perimetro del principio è determinato esclusivamente dal giudice, che lo allarga e lo stringe a suo piacere. Altro tentativo è stato quello di trasformare i principi di economicità ed efficacia in regole giuridiche connesse alla legittimità dell'azione amministrativa, estranee alla sfera discrezionale e quindi sindacabili.

²²⁸ Giurisprudenza sul principio del buon andamento, ed in particolare sul corollario del principio dell'efficienza: Sentenza n. 404 del 1997 sul Buon andamento come esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa; Sentenza n. 40 del 1998 sul buon andamento come “*principio di efficienza*”; Sentenza n. 104 del 2007 sulla buona amministrazione come economicità di gestione e contenimento dei costi dei servizi pubblici e Sentenza n. 60 del 1991 (Conso, Spagnoli); Sentenza n. 356 del 1992 (Corasaniti, Caianiello) Buon andamento come migliore utilizzazione delle risorse professionali (nell'amministrazione militare); Sentenza n. 126 del 1995 (Baldassarre, Guizzi) 23. Sentenza n. 240 del 1997 (Granata, Guizzi).

²²⁹ Sentenza Corte Cost. n. 123 del 1968

²³⁰ Opt. cit. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, il quale, nella ricostruzione della morfologia e della natura dell'attività di regolazione prende in diretta considerazione l'interesse pubblico che consiste nel “corretto funzionamento del settore”. In questa prospettiva, le attività di regolazione non persegue interessi specifici né mira ad obiettivi che possano essere posti dall'organismo che presiede la regolazione.

²³¹ Per la giurisprudenza che riconduce l'efficienza alla legittimità Cfr *ex multis* Cass., S.U., sentenza 28 marzo 2006, n. 7024 ove si afferma che i principi di economicità ed efficacia operano come regola di legittimità dell'azione amministrativa, “*la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale*”. Anche Cass. civ., S. U., 13 giugno 2011, n. 12902, ove si afferma che la verifica di legittimità non può “prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti” e Cass. civ., I, 10 gennaio 2003, n. 157 ove si legge che “*con la l. n. 24 del 1990 i principi di efficienza, di economicità e di partecipazione del privato al procedimento amministrativo sono diventati criteri giuridici positivi*”. Per la giurisprudenza amministrativa v., *ex multis*, Cons. St., VI, 6 maggio 2014, n. 2302 e Tar Puglia, Bari, II, 19 novembre 2006, n. 3973, che pur riconoscendo gli ampi margini applicativi dei criteri di efficienza ed efficacia rivendica la possibilità per il giudice di operare un “*controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione*”.

In virtù del principio della funzione pubblica²³² del servizio, appare di importanza primaria che l'intervento del privato non elimini il carattere pubblico del servizio anche se la gestione prevista fosse l'affidamento ad un privato (infatti il privato che eroga il servizio deve rispettare gli stessi limiti e gli stessi criteri predefiniti in sede di assunzione del servizio). Il rapporto con il privato viene regolamentato attraverso un regolamento di servizio²³³, conseguentemente, l'Amministrazione è responsabile del controllo della sua attuazione²³⁴.

L'autorità di regolazione dispone di autonomi poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle informazioni utili. Inoltre, ove il soggetto erogatore non "rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio, nel contratto di programma" ovvero sulla base delle direttive emanate dalle autorità secondo il procedimento ex art. 2, co. 12 lett. h) della L. 481 del 1995 la quale prevede la partecipazione degli utenti, l'autorità di regolazione può determinare autonomamente casi di indennizzo.

Il rapporto di utenza tende a diventare dunque, "lo strumento più idoneo a rendere operative ed effettive le garanzie che l'ordinamento offre all'interesse al godimento dei pubblici servizi"²³⁵.

²³² D. D'AMICO, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 04, Aprile 2022

²³³ Il contratto di servizio è una convenzione che regola il rapporto tra ente pubblico e gestore affidatario del servizio in relazione agli obblighi che l'impresa si accolla nella gestione.

²³⁴ Svolto anche attraverso l'azione delle autorità indipendenti. Sul tema Cfr. L. ORLANDO, *Genesis delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, in *Il Diritto Amministrativo rivista giuridica*, 2022.

²³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista Italiana diritto pubblico*, 2006, pp. 748-749: "Ciò ha prodotto (sta producendo) una trasformazione rilevante del ruolo dell'impresa pubblica, presenza dominante da noi nei primi decenni dell'esperienza dello Stato costituzionale, supportata peraltro dalla normativa della stessa Carta, e adesso in principio marginale e recessiva (anche se di fatto ancora cospicua); una diversa configurazione dei servizi pubblici come attività consistenti in prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica (e perciò attraverso imprese), prima espletate per regola dai pubblici poteri attraverso proprie strutture operative ed adesso gestite da operatori indifferentemente pubblici o privati, ma tendenzialmente privati, sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri; un ridimensionamento del ruolo di questi ultimi (dello Stato), ricondotti si direbbe alla loro posizione originaria di soggetti esercenti funzioni pubbliche (di regolazione, di direzione, di sanzione) piuttosto che gestori diretti di servizi attraverso operazioni e prestazioni"; B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti*

È quindi possibile desumere che a seguito di nuove istanze individualistiche, si è deciso di porre al centro del sistema di organizzazione e gestione dei servizi alla collettività, non più il perseguimento di interessi sociali, ma il soddisfacimento di interessi particolari nell'ambito di un sistema che favorisca il confronto tra operatori economici e la libera scelta dell'utente²³⁶, per l'appunto un sistema misto pubblico privato²³⁷.

In altre parole, al fine di far pervenire al singolo una certa utilità dal godimento della prestazione in cui il servizio pubblico si concretizza, vengono previsti – ex ante rispetto alla effettiva erogazione – atti normativi e di indirizzo rivolti alle Amministrazioni Pubbliche e ai gestori per regolamentare le attività.

Due tentativi di imbrigliare l'essenza pubblicistica del servizio reso dalla Pubblica amministrazione, sono state fornite da due massimi organi giurisdizionali²³⁸ le quale hanno evidenziato, tuttavia, differenti risultati, difatti mentre il Consiglio di Stato²³⁹ gli ha attribuito il significato di “attività connessa alla cura di interessi collettivi”, la Corte di Cassazione²⁴⁰ lo ha ritenuto “caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali”.

Definito pertanto il ruolo di regolazione ricoperto dall'Amministrazione, e rimandando ad una disamina successiva il ruolo partecipativo degli utenti,

nell'amministrazione per servizi, Padova, Cedam 2007, p. 111, Corte Costituzionale, 20 marzo 2013, n. 46, in *Giur.It.*, 2013, p. 12, p. 2659, “con nota di” S. SCOCA., *La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*.

²³⁶ G. GALEOTTI, *Perché una direttiva dovrebbe funzionare meglio di un ordine?* In *Atti del convegno Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, tenutosi il 20 ottobre 2008 presso l'Università di Roma La Sapienza.

²³⁷ G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali: scritti recenti (libri)* in *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 24, 2020 fasc. 5, pp. 671-672 2020

²³⁸ Le due pronunce, emesse lo stesso giorno -30 marzo 2000 - riguardavano la stessa materia, ovvero la riconduzione dell'attività farmaceutica nell'ambito del concetto di servizio pubblico, tuttavia i diversi approdi a cui le due autorità giurisdizionali giungono, rendono ancora più evidente la difficoltà che si incontra nell'elaborare una nozione condivisa di “servizi pubblici”.

²³⁹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, p. 365

²⁴⁰ Corte di Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro It.*, 2000, II, p. 2211.

segue una indagine afferente, nello specifico, il ruolo di compartecipazione dei privati nell'erogazione dei servizi culturali ed in quelli sanitari.

Orbene al fine di illustrare le relative discipline e con l'intento di intercettare profili di somiglianza e di difformità, si ritiene utile ripercorrere la struttura logica che è stata seguita dalla citata *scoping review* dell'OMS, per la parte in cui, presentando i risultati del lavoro svolto sull'impatto delle arti sia sulla salute mentale che su quella fisica, vengono individuate due ampie categorie tematiche in cui si declina il coniugio fra salute e cultura.

La prima fase, quella preventiva è volta a promuovere un concetto di benessere olistico, che passa dall'acquisizione di nuove competenze e si riversa sulla creazione di una rete sociale di supporto; la seconda fase, quella che prevede delle attività culturali ad integrazione della gestione della terapia medica sanitaria tradizionale, al fine di migliorare l'efficienza.

Si sceglie pertanto di utilizzare detta struttura volta ad evidenziare il ruolo determinante delle arti per quanto riguarda la prevenzione delle malattie, attraverso la promozione della salute e nel trattamento e nella gestione delle patologie che si manifestano nel corso della vita.

Pertanto, all'interno dell'ipotesi che si andrà fittiziamente a proporre, si coglierà l'occasione per affrontare l'attuale sistema di gestione mista pubblico privata, in cui seppur la costante interconnessione nell'erogazione dei servizi in oggetto sia il focus della trattazione, si ritiene che i servizi sanitari, e quelli culturali, intervengano in maniera più o meno prevalente l'uno sull'altro con una percentuale indicativa del tipo 70%-30%.

L'obiettivo è illustrare la presenza, nel nostro ordinamento giuridico di due sistemi, quello sanitario e quello culturale, già maturi (salvo la mancanza, ad oggi di un intervento di normazione ad hoc) per una possibile integrazione.

Pertanto, se nella fase di prevenzione e promozione avremo un maggior intervento operativo da parte dei soggetti deputati alla gestione dei servizi culturali in connessione, ma in prevalenza rispetto a quelli che si occupano dei servizi sanitari; parallelamente, nella fase di gestione del trattamento sanitario, si avrà una maggiore compresenza organizzativa da parte dei

soggetti che si occupano di servizi sanitari rispetto a quelli che si occupano di servizi culturali.

A fornire un possibile punto di equilibrio fra i servizi descritti, l'intervento del terzo settore appare cruciale.

III.2. I servizi misti pubblici privati nella fase della prevenzione

Per fase di prevenzione, si intende l'intervento dei servizi culturali e delle arti volti a rafforzare la creazione delle reti sociali²⁴¹. La cura della persona attraverso lo sviluppo di nuove competenze nell'ambito delle arti permette un maggiore inserimento della persona in una rete sociale di supporto al fine di prevenire possibili malesseri che possano sfociare in patologie socio sanitarie.

Tenendo sempre a mente lo sviluppo del modello inglese, l'approccio con le arti non ricadrebbe nel novero dell'arte terapia²⁴², ma di semplici corsi finalizzati a permettere alle persone di imparare e di sviluppare nuove competenze nell'ambito delle arti creative, che prevedano il coinvolgimento fisico e le attività all'aperto. La realizzazione di dette attività in gruppo, permette ai partecipanti di scegliere le attività in base ai propri interessi, ciò al fine di concentrarsi sui propri bisogni, intesi in senso olistico invece che sulle specifiche esigenze sanitarie.

²⁴¹ Scoping review OMS p. 8 “ *le arti favoriscono un comportamento prosociale, un sentimento condiviso di successo, la coordinazione corporea, un'attenzione e una motivazione condivisa, l'identità di gruppo (...) Le arti rappresentano anche un metodo ampiamente riconosciuto per ridurre la solitudine e l'isolamento sociale (...) le arti contribuiscono a sviluppare la coesione sociale e a promuovere la risoluzione dei conflitti attraverso lo sviluppo di quelle abilità cognitive, emotive e sociali che coinvolgono in un approccio costruttivo. Esse infatti costituiscono terreno fertile per l'empatia, la fiducia, l'impegno sociale, la collaborazione e l'apprendimento trasformativo, dando così luogo a relazioni più collaborative*”.

²⁴² Sul tema dell'arte terapia si vedano i contributi di S. ARIETI, *Creatività La sintesi magica* ed. *Il Pensiero Scientifico*, 1979; S.BELLO - *Spontaneous Painting Method-ed.Art Therapy on the Net* 1999; P.BERTOLETTI, *Mito e Simbolo-* ed. *Dedalo*, 1986; B. BETTELHEIM, *Il mondo incantato*, ed.Feltrinelli 1977; J. DUBUFFET; A. BRETON -*La Société- Musée dell'ART Brut*, Losanna 1947; "Artismo", ricerca e sperimentazioni sulla tematica a Genova tesi di Roberta Agostini anno 2000 Accademia ligustica di Belle Arti; S. FERRARI, *Scrittura come riparazione*, Laterza, 1994, Bari; L. GRIGNOLI, *Fare e pensare l'arte terapia. Metodi di conduzione dei laboratori esperienziali.*, FrancoAngeli Edizioni, Milano, 2014

Come già accennato in precedenza, nell'ambito della prevenzione e promozione²⁴³, i risultati hanno evidenziato come le arti possono:

- influenzare i determinanti sociali della salute
- sostenere lo sviluppo del bambino
- incoraggiare comportamenti che promuovono la salute
- aiutare a prevenire le malattie
- supportare l'assistenza e la cura

Con riferimento alla gestione e trattamento, i risultati hanno evidenziato come le arti possono:

- aiutare le persone che soffrono di malattie mentali
- sostenere le cure per le persone in condizioni acute
- sostenere le persone con disturbi neuroevolutivi e neurologici
- contribuire al trattamento di malattie croniche degenerative
- concorrere all'assistenza nel fine vita.

Il sistema integrato che si intende proporre, è strutturato sulla falsariga di quello adottato in Inghilterra della *Arts on Prescription*.²⁴⁴.

Il programma Arti su Prescrizione (*Arts on Prescription*) è utilizzato da circa vent'anni nel Regno Unito come parte di più ampi programmi di prescrizione sociale (329). Le persone che si presentano

dal proprio medico di famiglia con problemi non ancora classificabili di natura medica (come isolamento sociale o solitudine, situazione che ricorre nel 20-30% dei casi di tutte le visite mediche nel Regno Unito) o che necessitano di un sostegno psicosociale come prevenzione per la propria salute, possono essere indirizzate a un *link-worker* (operatore di collegamento). I *link-worker* stabiliscono una relazione tra i pazienti e le attività della comunità, comprese quelle di arte partecipativa. Le ricerche

²⁴³ Report OMS 2019 p.

²⁴⁴ Sulla Prescription of Arts si Veda il contributo di BUNGARY, HILARY & CLIF, STEPHEN. "Arts on Prescription: A review of practice in the UK" Perspectives in Public Health 2010; An Evidence Review of the Impact of Participatory Arts on Older People, commissioned by the Baring Foundation, 2011; Sul modello promosso dal Hammond Care, si vedano le linee guida promosse dal progetto: <https://www.hammond.com.au/arts-on-prescription-sector-guide/filev>; <https://www.artsonprescription.org/funding>;

valutative effettuate a livello locale nelle varie regioni hanno dimostrato benefici per la salute mentale, il dolore cronico, la gestione di condizioni complesse e a lungo termine, il sostegno sociale e il benessere. *Arts on Prescription* è reso possibile grazie alla collaborazione tra le organizzazioni artistiche locali, quelle del volontariato e i Comuni.

a. Il medico di base e le ASL nella determinazione dei LEA

Se volessimo proporre la medesima struttura del servizio in Italia, il primo professionista che si troverebbe ad interagire con le esigenze del cittadino, sarebbe pertanto il medico di base, facendo così iniziare tale attivazione del servizio nei luoghi di svolgimento del servizio sanitario. Attivando, solo in un secondo momento, i servizi culturali.

Il medico di medicina generale, chiamato anche medico di base, o di famiglia, insieme al pediatra è la figura professionale di riferimento per il cittadino, entrambe le figure dipendono dalle aziende sanitarie²⁴⁵, ma sono tuttavia convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale.

Il medico di base è colui che ha il compito di interpretare i sintomi riferiti dal paziente e di indirizzarlo a una diagnosi attraverso una visita, esami diagnostici, esami ematochimici, prescrizione di una terapia, consigliando, se serve, visite specialistiche. È lui che permette al paziente di accedere a tutti i servizi e prestazioni compresi nei livelli essenziali di assistenza (i

²⁴⁵ L'azienda sanitaria locale (A.S.L.) è un ente dotato di personalità giuridica pubblica e di autonomia imprenditoriale che opera nel quadro del servizio sanitario nazionale (S.S.N.). La sua disciplina si riscontra nell'art. 3, comma 1 bis, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229. L'A.S.L. rappresenta l'evoluzione della precedente Unità Sanitaria Locale (U.S.L.). Nel quadro delineato dalla legge n. 833 del 1978 l'unità sanitaria locale è una struttura operativa dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane, i quali concorrono a comporre gli organi di vertice dell'unità sanitaria locale (art. 15, l. n. 833 del 1978), in un ambito territorialmente determinato (art. 10, l. 23 dicembre 1978, n. 833). Con il riordino della materia sanitaria disposto con il d.lgs. n. 502 del 1992 l'unità sanitaria locale è stata trasformata in azienda e configurata come ente strumentale della regione, dotato di personalità giuridica pubblica, nonché di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica (art. 3 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502). La trasformazione delle unità sanitarie locali in aziende operata dal d.lgs. n. 502 del 1992 ha comportato che l'azienda sanitaria non possa considerarsi una semplice sommatoria degli enti-usl, bensì un ente distinto ed autonomo (tale assunto è stato confermato dal Cons. St., sez. V, 24 agosto 2007, n. 4484).

cosiddetti LEA²⁴⁶). Il medico specializzato in medicina generale, detto anche medico di base o di famiglia è, pertanto, la prima persona che il paziente deve interpellare non solo quando accusa i sintomi di una malattia ma anche tutte le volte in cui ha bisogno di un consiglio sulla sua salute o per mettersi in contatto con enti di altro tipo (ospedali, centri di fisioterapia, se ha bisogno di un'infermiera a assistenza a domicilio).

La normativa atta a regolamentare l'attività del medico di base è piuttosto complessa e si compone su più livelli di normazione, quali le Convenzioni o dall'Accordo collettivo nazionale ²⁴⁷ (ACN), dagli accordi integrativi regionali²⁴⁸, nonché dagli accordi periferici con le Aziende Sanitarie Locali²⁴⁹.

L'accordo collettivo nazionale, attualmente vigente, che disciplina i rapporti con i medici di medicina generale, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 502/1992²⁵⁰, è l'ACN del 29 luglio 2009 integrato dall'ACN 8 luglio 2010.

Nel dettaglio, i doveri e i compiti del medico di famiglia rientrano nelle funzioni ben precise:

- tutelare la salute dei propri pazienti mediante attività di diagnosi, terapia, riabilitazione, prevenzione a livello del singolo individuo e della sua famiglia, e di educazione sanitaria;

²⁴⁶ Il tema sui LEA verrà approfondito in seguito.

²⁴⁷ Sul tema delle Aziende sanitarie e sulla loro organizzazione territoriale si Veda C.CORBETTA, *Aziende sanitarie locali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 628 e ss.; R.IANNOTTA, *Unità sanitarie locali*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXII, Roma, 1994, 1 e ss.; P.SANTINELLO, *Unità sanitarie locali*, in *Digesto. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 466 e ss.; G.GIORGI, *Le aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 2000, p. 801 e ss.; A.CAPPUCCI, *Configurazione giuridica ed autonomie dell'azienda sanitaria*, in *San. pubbl.*, 2001, p. 1243 e ss.;

²⁴⁸ Ai sensi dell'art. 8 D.LGS. 30/12/1992, n. 502 *“Il rapporto tra il Servizio sanitario nazionale, i medici di medicina generale ed i pediatri di libera scelta e' disciplinato di apposite convenzioni di durata triennale conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati, ai sensi dell'articolo 4, comma 9, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, con le organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative in campo nazionale. La rappresentativita' delle organizzazioni sindacali e' basata sulla consistenza associativa”*.

²⁴⁹ Sulla struttura organizzativa del Sistema Sanitario Nazionale, con un focus sul ruolo delle regioni nella determinazione dei livelli essenziali, si Veda G.PASTORI, *Struttura organizzativa e funzionamento dell'unità sanitaria locale*, in *Regioni*, 1979, p. 865 e ss.

²⁵⁰ come modificato dai decreti legislativi n. 517/1993 e n. 229/1999.

- garantire livelli essenziali e uniformi di assistenza, soddisfacendo i bisogni sanitari dei pazienti sia nell'ambulatorio sia al domicilio del paziente;
- contribuire allo sviluppo e alla diffusione della cultura sanitaria e alla conoscenza del Servizio Sanitario Nazionale e Regionale;
- aderire a specifiche campagne promosse ed organizzate dalle Regioni e/o dalle Aziende Sanitarie.

Il linea di massima, le prestazioni²⁵¹ del medico di famiglia sono gratuiti, in quanto il rapporto di lavoro parasubordinato²⁵² che si instaura con l'ASL risponde all'esigenza di garantire un servizio pubblico, tale rapporto si svolge, di norma, su un piano di parità, sebbene sia comunque costituito "in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutelare la salute pubblica".

Le ASL fanno parte del servizio sanitario nazionale; sono aziende con personalità giuridica pubblica, dotate di autonomia organizzativa, gestionale, tecnica, amministrativa, patrimoniale e contabile nonché centri di imputazione di autonomia imprenditoriale; infatti secondo l'art. 3 d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502: "in funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le Unità Sanitarie Locali si costituiscono in Aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale²⁵³".

Ed è proprio nell'ottica della tutela dell'utente che si è affermata, anche in giurisprudenza la responsabilità dell'ASL per eventuali illeciti posti in essere dal medico²⁵⁴.

²⁵¹ Fra le prestazioni richieste al medico di medicina generale, rientra l'emissione di certificati, anche questi per lo più gratuiti (ad eccezione di alcune categorie di certificati come ad esempio assicurazioni, le richieste di invalidità, per attività fisica non agonistica etc), nonché la compilazione delle ricette mediche nelle quali il medico richiede analisi, visite specialistiche e prescrizioni di farmaci.

²⁵² La sentenza n. 8457 della Cass. Civ. del 13/4/2011, afferma definitivamente che il rapporto che si instaura tra il medico convenzionato e l'ASL non dà luogo ad un rapporto di lavoro subordinato (e, dunque, di pubblico impiego) bensì ad un rapporto di lavoro autonomo parasubordinato e, dunque, di prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, ai sensi dell'art. 409, co. 1, n. 3, c.p.c..

²⁵³ Comma 1 bis introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229.

²⁵⁴ Sul tema della responsabilità, la Corte di Cassazione - sentenza del 27 marzo 2015, n. 6243 - con un'interpretazione innovativa che si basa su un'attenta lettura della normativa istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, afferma la responsabilità dell'ASL ex art. 1218 c.c. per l'errore compiuto dal medico con essa convenzionato. Gli Ermellini disattendono le argomentazioni della Corte territoriale sulla base delle quali quest'ultima aveva ritenuto di

Il medico, pertanto è l'espressione più prossima ai cittadini di un'organizzazione, quella sanitaria i cui livelli di integrazione vengono definiti dalle Aziende sanitarie. La legge che ha istituito il Servizio sanitario nazionale²⁵⁵, si è inserita in un contesto ordinamentale che aveva registrato interventi settoriali e privi di organicità in materia di tutela della salute²⁵⁶, proponendosi l'obiettivo di capovolgere la prospettiva. Lo scopo era infatti quello di attribuire effettività²⁵⁷ al precetto dell'art. 32 Cost., attraverso la previsione di un sistema ispirato ai principi di partecipazione democratica all'attuazione del Servizio sanitario²⁵⁸ e di tutela sanitaria indifferenziata e globale, anche tramite l'individuazione e la fissazione, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale²⁵⁹. Nel novero di queste prestazioni e, segnatamente, tra quelle curative (secondo l'espressa definizione normativa di cui al combinato disposto degli artt. 19 e 25), la medesima L. 833 include l'assistenza medico-generica, che l'art. 14, co. 3, lett. h), individua come specifico compito in capo alle ASL. Pertanto, in forza delle citate disposizioni, le ASL provvedono a erogare l'assistenza medico-generica in forma domiciliare e ambulatoriale, assicurando i livelli di prestazioni stabiliti dal piano sanitario nazionale²⁶⁰.

dover pervenire a conclusioni opposte, configurano quindi in capo all' ASL un' obbligazione ex lege di prestare l'assistenza medico-generica che viene adempiuta avvalendosi del personale medico dipendente o in regime di convenzionamento e che è riconducibile all'interno dell'inciso finale della disposizione di cui all'art. 1173 c.c. che contempla tra le fonti delle obbligazioni "ogni atto e fatto idoneo a produrle" in ragione di un "contatto sociale" che si crea fra il medico ed il paziente.

²⁵⁵ L. 833/1978

²⁵⁶ S.CORONATO, *Organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale in Il diritto sanitario moderno*, 2021, fasc. 1, pp. 33-88.

²⁵⁷ art. 3 "livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini".

²⁵⁸ art. 1, co. 3 L. 833 del 1978 "In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica".

²⁵⁹ art. 53 L. 833 del 1978 "Il piano sanitario nazionale viene predisposto dal Governo su proposta del Ministro della sanità sentito il Consiglio sanitario nazionale, in conformità agli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale e tenuta presente l'esigenza di superare le condizioni di arretratezza socio-sanitaria che esistono nel paese, particolarmente nelle regioni meridionali".

²⁶⁰ V. M.CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale*, Bologna, 2003, 238 e ss.

Al termine degli anni 90, e segnatamente con il d.lgs. n. 229 del 1999, l'aziendalizzazione delle unità sanitarie locali²⁶¹ ha vissuto un ulteriore sviluppo. Difatti l'art. 3, infatti, non si limita a definire le unità sanitarie locali come aziende con personalità giuridica pubblica, ma attribuisce loro autonomia imprenditoriale.

Con riferimento alla titolarità soggettiva degli utenti, essere assistito è diritto del cittadino, in quanto utente del S.S.N. e come tale iscritto "in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l'unità sanitaria locale nel cui territorio" in possesso della residenza²⁶². Ed è proprio tramite detta iscrizione che l'utente esercita il diritto di libera scelta del medico, che è assicurato "nei limiti oggettivi dell'organizzazione sanitaria", così godendo dell'assistenza medico-generica, la quale, per l'appunto, "è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino". Questa si esplica nell'obbligo di adozione di un atto aziendale di diritto privato, che ne disciplina l'organizzazione ed il funzionamento²⁶³, nella capacità di disporre del proprio patrimonio secondo il regime della proprietà privata²⁶⁴, nel dovere di informare la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, nel dovere di rispettare il vincolo di bilancio²⁶⁵, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie, nonché nella capacità di agire di regola mediante atti di diritto privato, e nella possibilità di concludere secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale i contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia²⁶⁶.

²⁶¹ che hanno preceduto la creazione delle ASL.

²⁶² Art. 19 comma 3 d.lgs. n. 502 del 1992.

²⁶³ art. 3, comma 1-bis, d.lgs. n. 502 del 1992

²⁶⁴ art. 5, d.lgs. n. 502 del 1992

²⁶⁵ Con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 è stato pertanto introdotto nella Costituzione, in coerenza anche con quanto disposto da accordi internazionali quali il c.d. Fiscal compact, il principio dell'equilibrio strutturale delle entrate e delle spese del bilancio.

²⁶⁶ art. 3, comma 1-ter, d.lgs. n. 502 del 1992. Questa disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 256, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenente il "Codice dei contratti pubblici".

Il processo di aziendalizzazione delle unità sanitarie locali ha coinvolto, quindi, non solo la progressiva autonomia del soggetto erogatore dei servizi sanitari rispetto all'ente territoriale di riferimento, ma ha comportato anche l'introduzione di strumenti privatistici nella gestione aziendale. Ne consegue che le unità sanitarie locali, costituite in aziende, pur avendo secondo il giudice amministrativo la natura di enti strumentali delle regioni²⁶⁷, nel perseguire i propri fini agiscono in concreto utilizzando gli strumenti di un imprenditore privato. L'aziendalizzazione ha interessato anche gli altri soggetti erogatori di prestazioni sanitarie. Infatti, in virtù dell'art. 4 del d.lgs. n. 502 del 1992 per specifiche esigenze assistenziali, di ricerca scientifica, nonché di didattica del servizio sanitario nazionale, possono essere costituiti o confermati in aziende, secondo un modello fissato per le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliero-universitarie, le aziende ospedaliere di rilievo nazionale o interregionale.

Pertanto, per quanto appena esposto appare che il sistema organizzativo sanitario, ad oggi, possiede già una figura, quella del medico di base, prossima ai cittadini che possa essere in grado di coordinare nonché di veicolare le esigenze dei pazienti verso il servizio culturale, sociale o sanitario che si ritiene maggiormente adatto al caso di specie.

Appare altresì consolidata la forma di gestione dei servizi pubblici sanitari in forma integrata pubblica- privata. Non si vede, quindi, alcun limite nell'ambito dell'ampliamento di tale sistema organizzativo tale da includere altresì i servizi culturali fra i servizi essenziali prescrivibili dal medico di base, una possibile evoluzione del sistema sanitario, in risposta ad un più adeguato assetto di assistenza che tenga in conto un benessere più olistico del cittadino.

b. I servizi culturali

Come si è già avuto modo di osservare, il novero dei servizi pubblici essenziali ha già fornito accoglienza ai servizi culturali²⁶⁸, tuttavia il tema che

²⁶⁷ Cons. St., sez. V, 27 aprile 2003, n. 4306

²⁶⁸ Si è già affrontato la disamina nel capitolo III - parte I.

si ritiene di affrontare nel corso della presente trattazione, è la possibilità di individuare degli spazi di crescita che possano accogliere dei servizi culturali che siano destinati alla persona. Tuttavia, prima di giungere al cuore della trattazione²⁶⁹, appare necessario dover preliminarmente affrontare un aspetto più propriamente organizzativo dei servizi erogati in ambito culturale al fine di meglio delineare i contorni ed anche le prospettive di crescita, ovvero il ruolo dei privati nell'erogazione dei servizi culturali.

Al fine di una maggiore chiarezza espositiva, appare necessario precisare che per servizi operati nel settore culturale, si devono intendere quei servizi operati nell'ambito della tutela, ovvero della valorizzazione dei beni culturali. Il settore dei beni culturali ha indubbiamente grande rilevanza in un paese come l'Italia, dotato di un vastissimo patrimonio di beni che rientrano in tale categoria. Esso può, anzi, essere considerato un settore centrale nel nostro Paese²⁷⁰, con forte impatto su altri settori ad esso collegati, come il settore del turismo²⁷¹. Nonostante tale centralità, negli ultimi anni il sistema dei beni culturali ha risentito fortemente dei tagli di spesa pubblica che hanno limitato le risorse a disposizione per il settore. Anche per tale motivo e per altri, come le crescenti difficoltà organizzative e manageriali della pubblica amministrazione nel settore, l'intervento pubblico si è dimostrato insufficiente. In particolare le difficoltà incontrate dalla pubblica amministrazione si sono avute soprattutto sul terreno dell'organizzazione e della gestione del bene culturale rendendo, pertanto,

²⁶⁹ Il tema del ruolo della persona nel diritto alla cultura verrà affrontato in seguito nel Capitolo n. V.

²⁷⁰ M. MORO, *Il valore della cultura per l'economia italiana*, in *Società e rischio*, 7 maggio 2021; Secondo l'OCSE, negli anni duemila in Europa la produzione del settore culturale e creativo sarebbe cresciuta a un ritmo superiore a quello del settore manifatturiero.

²⁷¹ S. CASSESE, *I beni culturali* p. 673 “*La produzione di reddito da parte dei beni culturali consente maggiori entrate; (...) maggiori entrate possono assicurare migliore tutela e fruizione più ampia dei beni culturali*”. L'analisi economica dei beni culturali ha il grande merito di aver rivalutato il legame tra sviluppo economico e patrimonio culturale, abbracciando una nozione metagiuridica di valorizzazione che intende il “bene culturale” come risorsa in grado di stimolare anche attività economicamente rilevanti. Ciò vale a maggior ragione se si considera che la funzione di valorizzazione si concentra non tanto sul bene culturale in sé, ma attiene per lo più all'organizzazione ed alla gestione di tutto ciò che ruota attorno ad esso (si cfr. M. AINIS - M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2003, 125).

necessario l'intervento da parte dei privati anche al fine di attrarre al settore nuovi capitali²⁷².

Pertanto è bene precisare che ad oggi, quando si parla dell'intervento dei privati nel mondo dei servizi culturali, si fa riferimento al contributo fornito in virtù dell'attuazione dei principi di sussidiarietà. Ad oggi, infatti il contributo dei privati alla valorizzazione si presenta come un'importante risorsa sussidiaria, specialmente in tempi di restrizioni della spesa pubblica. Ciò che comunque occorre non dimenticare è che la fruizione pubblica del patrimonio culturale, quale scopo della valorizzazione culturale, è la ragione stessa del suo eccezionale statuto giuridico.

Particolarmente rilevante è la peculiare collaborazione tra pubblico e privato stabilita per i beni culturali. Tale collaborazione è già espressamente prevista dal citato art. 6²⁷³ del Codice, il quale prevede che "la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale" a cui fa seguito la specifica rilevanza riconosciuta all'attività di valorizzazione privata nell'art. 111 comma 4 per cui "la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale"²⁷⁴.

Il riferimento alla "Repubblica" non deve essere, dunque, inteso come allo Stato - persona o Stato - apparato, ossia al livello di governo centrale o nazionale²⁷⁵. Si tratta, quindi, non solo di una riserva di funzione per il

²⁷² G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, Atti del Convegno «Incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese», Roma, 9 ottobre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it Alla valorizzazione strettamente "culturale" del bene potrebbe, così, affiancarsi una vera e propria valorizzazione «economica»: entrambe ricadono sul bene culturale, ma la seconda per essere ammissibile deve dimostrarsi in concreto pienamente compatibile e convergente con la prima, nonché con le necessità connesse alla tutela ed alla fruizione del bene stesso.

²⁷³ Sebbene il Codice annoveri tra il patrimonio culturale i beni paesaggistici, l'intero impianto sembra comportare una divaricazione tra le due figure, laddove il paesaggio risulta accostabile principalmente ai concetti di territorio ed ambiente. S. FLORIO, Un bene comune: il paesaggio, in AA.VV. (a cura di), *I beni comuni*, cit., 212; G. VOLPE, *Per un'innovazione radicale nelle politiche della tutela e della valorizzazione*, in *De-tutela*, p. 110 s.

²⁷⁴ Sulla rilevanza di tale disposizione codicistica ai fini di un'amministrazione condivisa si veda T.a.r. Campania 20 dicembre 2008, n. 820.

²⁷⁵ C. BARBATI - M. CAMELLI - G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, pag. 113.

soggetto pubblico ma anche di un intervento che per lo stesso soggetto pubblico assume il carattere della doverosità, qualora se ne ravvisino i presupposti. Se la tutela dei beni culturali è riservata alla pubblica autorità, diverso è il discorso per l'altra funzione da esercitarsi per i beni culturali, ovvero quella della valorizzazione. Tale funzione è, peraltro, prevista dalla Costituzione che, nel testo attuale dell'art. 117, comma 3 successivo alla riforma del titolo V, la assegna alla legislazione concorrente Stato/regioni²⁷⁶. Risulta perciò necessario recuperare con ancora maggiore vigore la collaborazione del privato sulla base dell'art. 6 del d.lgs. n. 42/2004 in lettura combinata con l'art. 118, ult. comma, Cost., soprattutto alla luce delle grandi limitazioni che il privato subisce in tale ambito, soccombente rispetto all'interesse pubblico proprio del bene culturale²⁷⁷: "l'esigenza di conservare e di garantire la fruizione da parte della collettività delle cose di interesse storico e artistico giustifica, di conseguenza, per tali beni, l'adozione di particolari misure di tutela che si realizzano attraverso poteri della pubblica amministrazione e vincoli per i privati differenziati dai poteri e dai vincoli operanti per le altre categorie di beni, sia pure gravati da limiti connessi al perseguimento di interessi pubblici". Sul punto si è espressa altresì la giurisprudenza costituzionale la quale ha successivamente indicato la necessità di un più coerente sindacato dell'operato amministrativo in ambito culturale convivente con il principio di legalità, imparzialità e buon andamento della P.A.. Tale riflessione ha portato all'inevitabile ampliamento del concetto stesso di conservazione e valorizzazione dei beni culturali ricomprendendo anche il paesaggio ed il decoro urbano²⁷⁸.

²⁷⁶ Art. 117, comma 1, lett. s).

²⁷⁷ A tal proposito si segnala il contributo di D. MANACORDA, *L'Italia agli italiani. Istruzioni e ostruzioni per il patrimonio culturale*, EdiPuglia, Bari, 2014, 147. , manifesta tutta la criticità di un impianto ministeriale di tutela e conservazione dei beni culturale troppo arretrato ed accentratore, lontano dall'orientare il proprio lavoro per garantire il progresso culturale e conoscitivo del cittadino. L'autore inoltre sostiene come tale impostazione debba essere superata attraverso una nuova concezione della tutela, orientata ad un'alleanza con le compagini cittadine. Particolarmente significative sono inoltre le analisi effettuate di una serie di concetti connessi all'attuazione dell'art. 118 ult. com., di cui lo stesso Autore segnala la portata innovatrice.

²⁷⁸ Cfr. Tar Puglia, 14 gennaio 2013, n. 48, Tar Lombardia, 22 ottobre 2013, n. 2336, Cons. Stato, 12 febbraio 2015, n. 769, e Cons. Stato, 19 febbraio 2015, n. 839. Contra Tar Campania, 8 novembre 2011, n. 1769. Da ultimo, in tema, si segnala Cons. Stato, 31 luglio

Alla luce della costituzionalizzazione del principio di ‘sussidiarietà orizzontale’ si constata, in effetti, un ulteriore passo in avanti, teso a favorire “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” anche in materia di beni culturali. Ciò emerge con chiarezza analizzando il recupero e la valorizzazione di alcune aree archeologico-culturali che, specialmente dopo il 2005²⁷⁹, viene sempre più spesso realizzata attraverso il coinvolgimento di privati imprenditori quali sponsor del progetto²⁸⁰ ovvero attraverso una tutela svolta direttamente dalle compagini sociali²⁸¹.

Il settore culturale, peraltro, è in grado di coinvolgere per sua stessa natura soggetti privati non orientati al profitto, ma mossi dalla condivisione dell’esigenza di meglio soddisfare interessi generali, ritenuti meritevoli; si pensi, ad esempio, al volontariato, ai comitati, alle associazioni, alle *Onlus* e alle fondazioni e tra queste ultime, in particolar modo, a quelle “bancarie”²⁸².

In tale contesto, allo specifico fine di finanziare gli interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale si è tentato di attrarre fondi privati, provenienti da una pluralità di soggetti, essenzialmente attraverso le

2013, n. 4034, in cui il giudice amministrativo ha negato la legittimazione a ricorrere in capo al Codacons in ordine all’impugnazione di un contratto di sponsorizzazione stipulato dal gruppo imprenditoriale Della Valle per il restauro del Colosseo.

²⁷⁹ Parte della dottrina non ha esitato a riconoscere come anche alcuni dettati legislativi anteriori alla riforma costituzionale del 2001 mostrassero un’apertura verso una collaborazione del privato nella valorizzazione dei beni culturali. Sul punto v.: N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, 2002 ppg. 283 e ss., in cui l’autore evidenzia 3 dettati legislativi coerenti con tale impostazione: la legge 21 novembre 2000, n. 342 in tema di detraibilità fiscale delle sponsorizzazioni culturali, su cui si vedano le recenti disposizioni dell’Art bonus; il d.lgs. 20 ottobre 1998, integrato dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448, che ha introdotto modelli di gestione dei servizi pubblici aperti alla partecipazione dei privati; e la legge 23 dicembre 1998, n. 448 in tema di alienabilità degli immobili del demanio nel rispetto del vincolo di destinazione.

²⁸⁰ Su tale argomento si veda F.GHEDINI, *Parchi archeologici e sviluppo del territorio: spunti di riflessione sulle “Linee guida per la costituzione e valorizzazione dei parchi archeologici”*, in *Una finestra*, 2014, pp. 119-124.

²⁸¹ Come la “cura diretta” dei monumenti comunali a Bannio Anzino o la creazione del museo locale di Predosa attraverso il reperimento e la raccolta attuata direttamente dai cittadini. Esempi riportati da F.OZZOLLA, *Dal dire al fare. La sussidiarietà orizzontale in pratica*, in *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l’Italia*, a cura di G. ARENA e G.COTTURI, CAROCCI, Bari, 2010 (2a ed., 2011), p. 258 e ss.

²⁸² C. BARBATI - M. CAMELLI - G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, p. 128 e ss.

erogazioni liberali, consistenti in donazioni effettuate da singoli o da imprese che decidono di destinare all'arte una parte delle proprie risorse, magari a fronte di esenzioni o agevolazioni fiscali.

Tuttavia, il citato sistema delle erogazioni liberali, riconducibile al c.d. mecenatismo culturale, il quale non ha raggiunto obiettivi soddisfacenti, per ragioni che appaiono essenzialmente riconducibili ad una insufficiente convenienza fiscale e al mancato ritorno di immagine (c.d. visibilità) del soggetto donante, nonché purtroppo anche ai lunghi tempi burocratici che ostacolano la semplificazione dei procedimenti amministrativi²⁸³

Nel caso di affidamenti con gara dei servizi culturali di cui agli artt. 115 e 117 dovrebbe trovare applicazione quanto disposto dall'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti, secondo il quale "per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, il ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo può attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire ... la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1.", che a sua volta richiama la disciplina dell'art. 19 dettata in tema di contratti di sponsorizzazione. Il sistema delle sponsorizzazioni 'del bene culturale' da parte dei privati vede che il privato acquisisce un certo vantaggio, espresso in varie forme (l'immagine o il nome di un certo bene culturale, ad esempio, associandolo a quello di un certo prodotto o di una certa operazione imprenditoriale) a fronte del pagamento di un corrispettivo da pagare previsto nel contratto²⁸⁴.

I due strumenti appena descritti si caratterizzano, però, per il tenere ben distinti i ruoli e i compiti tra soggetti pubblici e privati, con il primo che

²⁸³ G. SALVAGGIUOLO, *Il Leone d'oro impantanato nella palude della burocrazia*, in *La stampa*, 17.9.2016.

²⁸⁴ G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1-2, 2012.

mantiene il compito di 'gestione' del bene culturale mentre il secondo si limita a finanziare le attività.

L'aspetto maggiormente delicato della discussione che coinvolge i beni culturali riguarda proprio l'aspetto della loro gestione. Con l'espressione "forma di gestione" di cui all'art. 115 del Codice, ci si riferisce, infatti, a quel complesso di misure (organizzative, procedurali e finanziarie) attraverso le quali i soggetti pubblici e privati, svolgono o contribuiscono a svolgere, attività volte alla valorizzazione dei beni culturali di cui dispongono²⁸⁵.

A rendere complesso il tema in oggetto, interviene la continua tensione emanata dalla difficoltà di conciliare l'interesse culturale, quale interesse collettivo²⁸⁶, con la logica del profitto che sottende all'intervento dei privati nel settore gestionale, a fronte di costanti e continue risorse per la tutela – alias la conservazione – dell'immenso patrimonio culturale che caratterizza una nazione come l'Italia²⁸⁷.

L'analisi delle forme di gestione dei servizi in ambito culturale codificate dalla normativa vigente, nonché la disamina sulla riflessione che coinvolge la tensione fra utilità pubblica e logica del profitto, servirà da fondamento per costruire alcune criticità sul ruolo dei privati all'interno del possibile sviluppo dei servizi culturali destinati alla persona.

L'intervento dei privati non è mai facilmente individuabile attraverso la forma organizzativa accolta, tuttavia appare decisivo il controllo che richiede *esprit publique*²⁸⁸. Nell'ambito delle attività di valorizzazione, in effetti, diversi sono i soggetti chiamati a fornire un proprio contributo, proprio perché la valorizzazione costituisce uno degli 'spazi' in materia di beni

²⁸⁵ A.MORRONE, *Elementi di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano 2014, 35 ss.

²⁸⁶ A.CONELLI, *La frammentazione delle prestazioni di servizi culturali esenti, ai fini della disciplina dell'iva europea e nazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, vol. 90, fasc. 4, pp. 1561-1585

²⁸⁷ A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Ed. Scientifica, 2017

²⁸⁸ Così testualmente R. DI RAIMO, *La proprietà pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro*, cit., 87. Più in generale sulle forme di gestione mista pubblico-privato v. R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta dei servizi pubblici. Profili dell'"autonomia negoziale" della pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2000, 11 ss.

culturali, nel quale meglio si esplica il principio di sussidiarietà che impone una costante interazione tra pubblico e privato²⁸⁹.

Sicché, nello svolgimento delle attività di valorizzazione/gestione, in ossequio del principio di sussidiarietà orizzontale, sono chiamati a partecipare e a collaborare, tanto le amministrazioni pubbliche, a vario titolo coinvolgibili, quanto i privati (in quanto singoli e in forma associata) alla luce del già citato principio di sussidiarietà verticale e orizzontale canonizzato dall'art. 118 Cost.²⁹⁰

²⁸⁹ La competenza sui beni culturali appartiene sia allo Stato sia agli enti locali (e ai cittadini) giacché l'espressione Repubblica utilizzata dal Costituente fa riferimento a tutti i soggetti dell'ordinamento. Cfr G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2005, pp. 322 ss.; C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in M. CAMMELLI (a cura di), op. cit., pp. 193 ss

²⁹⁰ M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile in Scritti in onore di A. D'Atena*, Milano, 2015, pp. 1865 ss.; G. VECCHIO, *Sussidiarietà orizzontale e principio di competenza nella riflessione di Antonio D'Atena*, in op. ult. cit., pp. 3157 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Il «tempo» della sussidiarietà. Un'introduzione*, in www.federalismi.it, IV, 2013; V. BALDINI, *Autonomia e responsabilità come valori costituzionali ed effettività dei diritti sociali. Per una lettura 'evolutiva' del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, pp. 799 ss.; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; S. TROILO, *I rapporti tra P.A. e cittadini a cinque anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione: una ricognizione sistematica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *L'Amministrazione Italiana*, 2007, pp. 325 ss.; A. D'ATENA *Sussidiarietà e sovranità*, in *ID.*, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007, pp.15 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in www.federalismi.it, XX, 2007; F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in www.astrid-online.it, 2007; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 2006; A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, in www.astrid-online.it, n. 4/2005; P. DURET, *Sussidiarietà e autonomia dei privati*, Padova, 2004; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2002; M. DELLA MORTE, *Il riconoscimento del principio di sussidiarietà nella legge n. 59 del 1997*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, pp. 37 ss.; U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà e diritti sociali*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, pp. 5 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, *Quaderni costituzionali*, n. 1/2001, pp. 1 ss.; P. DE CARLI, *Aspetti della sussidiarietà e revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, pp. 251 ss.; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, pp. 151 ss.; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2000, 1 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 227 ss.; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, n. 1/2000, pp. 33 ss.; G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGILA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999, pp. 169 ss.

La sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, comma 4 della Costituzione, il quale ammette l'intervento dei privati nel settore, risulta fortemente condizionata dal quadro normativo vigente, a partire dal disposto costituzionale dell'art. 9 della Costituzione, il quale promuove il collegamento tra la tutela del patrimonio storico-artistico e la promozione dello sviluppo della cultura, anche alla luce delle più recenti rilevazioni sociali²⁹¹. Nei rapporti con i privati, è necessario richiamare in primis la sussistenza del "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche"²⁹² principio espresso dalle direttive del 2014 e che regge la prestazione dei servizi di interesse generale²⁹³, ed è caratterizzato da due profili:

- libertà per le autorità nazionali e locali degli Stati membri di "decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare le prestazioni di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi"²⁹⁴. Libertà questa che presuppone il riconoscimento della libertà di "definire, in conformità al diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale"²⁹⁵;

²⁹¹ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, pp. 125 ss.; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, pp. 146 ss.; G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in www.aedon.mulino.it, n. 2/2019, p. 7; F. SGRÒ, *La duplice natura dei diritti culturali*, in P. BILANCIA (a cura di), *Diritto alla cultura. Un osservatorio sulle sostenibilità culturali*, Napoli, 2016, p. 63. Di avviso contrario in ordine alla riconducibilità all'art. 9 del diritto alla cultura, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993, p. 167. Per L. DEGRASSI, *Diritti, libertà e cultura. Un approccio di base*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2017, la Costituzione Repubblicana ha considerato sin dal 1948 sia i diritti che le libertà culturali.

²⁹² Così la rubrica dell'art. 2 Direttiva 2014/23.

²⁹³ Il principio è menzionato nel Codice dei contratti all'art. 166, ma in un'accezione assai ristretta rispetto a quella presente nelle Direttive del 2014, ossia come libertà per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori "di organizzare la procedura di scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte [III, relativa ai contratti di concessione]".

²⁹⁴ Tratto dal 6° considerando Direttiva 2014/23, cfr. anche art. 2, par. 1, primo periodo e All.to IV nt. 1 della stessa.

²⁹⁵ Tratto dal 6° Considerando e art. 4, par. 1, Direttiva 2014/23, nonché art. 1, par. 4, Direttiva 2014/24.

In questa prima forma di libertà, sembra operare la distinzione fra servizi di interesse economico generale e servizi privi di tale interesse. Il *discrimen* è rappresentato dalla provenienza della remunerazione economica, se ad esempio il servizio è operato all'interno di un mercato di riferimento o meno, e se le spese di gestione ricadono o meno sull'utenza; diversamente il servizio sarà da qualificarsi come non economico quando la remunerazione dei fattori di produzione è garantita dall'amministrazione.

- libertà per le autorità degli Stati membri di "decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferire ad operatori economici esterni"²⁹⁶. Libertà che nel 5° Considerando della Direttiva 2014/24 trova la seguente sottolineatura: "È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva"²⁹⁷.

Nella seconda libertà, la scelta della forma gestionale è in linea con la previsione contenuta nell'art. 115, comma 4, per la quale il ricorso alla gestione "indiretta" è consentita al fine di assicurare un "miglior livello" di valorizzazione dei beni culturali. Il diritto comunitario pertanto rimette alle autorità degli stati membri la scelta della forma di gestione. Il legislatore italiano ha posto come presupposto per la scelta della gestione "indiretta" da parte dell'amministrazione il requisito che essa garantisca un plus rispetto alla gestione "diretta".

Continuando ad utilizzare lo schema classificatorio delle Direttive n. 23 e 24 del 2014, la prima forma di gestione che bisogna tenere in considerazione,

²⁹⁶ art. 2, par. 1, terzo periodo, Direttiva 2014/23, ma v. anche il 5° Considerando della stessa Direttiva e il 7° della Direttiva 25.

²⁹⁷Sul tema cfr. R.BIANCHINI, *Note a margine del dibattito sulla erronea contrapposizione tra Pubblico e Privato nella gestione dei servizi pubblici locali* in GiustAmm.it, 2019, fasc. 11, pp. 1-5; G.TACCOGNA, *I partenariati pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in www.federalismi.it, n. 18/2015, pag. 17 s.; C.VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2015, pag. 1175 ss., e Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2515.

è quella cd. diretta²⁹⁸, ossia la gestione operata dall'amministrazione con proprie risorse provenienti da "strutture organizzative provenienti interne alle amministrazioni"²⁹⁹. Il codice Urbani, rispetto alla disciplina europea, integra la previsione normativa con il requisito dell'adeguatezza disponendo che le strutture siano "dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico".

La seconda forma di gestione è quella "in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici". Si tratta di una novità per le direttive in tema di appalti e concessioni³⁰⁰. Detta forma di gestione può svilupparsi in due figure, tradizionalmente qualificate di partenariato pubblico pubblico, disciplinato dal codice dei contratti all'art. 5³⁰¹ commi 1 e 8, rispettivamente partenariati verticale o orizzontale³⁰².

La prima è costituita dall'*in-house providing*³⁰³ nel rispetto delle condizioni a cui soggetto. Tre le condizioni per cui possa provvedere ad un servizio per il tramite dell'*in-house*:

1. l'amministrazione aggiudicatrice (o l'ente aggiudicatore) esercita sulla persona giuridica controllata un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

²⁹⁸ È il caso di rilevare che gli atti di organizzazione del servizio culturale "con proprie risorse", in quanto atti unilaterali, si pongono al di fuori del diritto dei contratti pubblici (cfr. art. 1, comma 1, Codice dei contratti e art. 1, par. 1 Direttive 2014/24 e 23), ma sono da considerarsi, impiegando l'ordine concettuale dell'art. 1, par. 6, Direttiva 2014/24, "questioni di organizzazione interna dello Stato membro".

²⁹⁹ Art. 115, co 2 del D.lgs 42 del 2004.

³⁰⁰ art. 17, par. 15 Direttiva 2014/23 e art. 12, par. 15 Direttiva 2014/24.

³⁰¹ L'art. 5 del D.lgs 42 del 2016 è rubricato "principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico.

³⁰² Sul punto si v. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pag. 13.

³⁰³ Art. 5 comma 15, si Veda D. MENNA, *La gestione in house providing dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra concorrenza, autonomia organizzativa e diversi livelli di motivazione aggravata previsti dalla legislazione nazionale* in *Annali*, 2021, vol. 22, pp. 371-386.

2. oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuato nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'entità controllante o da altre persone giuridiche da questa controllate;

3. nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati "ad eccezione di forma di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale³⁰⁴, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"³⁰⁵.

La seconda figura in cui può declinarsi questa forma di cooperazione è quella dell'accordo, concluso esclusivamente fra amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori in presenza di tre condizioni:

1. l'accordo dà luogo a una cooperazione tra i partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

2. l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

3. le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione.

La terza forma di gestione che si intende citare è quella attuata con il conferimento del servizio tramite evidenza pubblica cd. conferimento "ad operatori economici esterni" da attribuirsi per mezzo della concessione ovvero dell'appalto in base alle necessità del caso. In tale contesto, i possibili contraenti sono molteplici sia privati che pubblici, motivo per cui si preferisce individuarli in negativo, indicando cioè i soggetti esclusi dal novero dei possibili contraenti, come specificato dall'art. 5 dal D.lgs 42 del 2016.

³⁰⁴ Nelle Direttive citate nel testo come pure nell'art. 16, comma 1, d.lg. n. 175/2016 il termine è "prescritte". Si rimanda sul punto 32° Considerando della Direttiva 2014/24.

³⁰⁵ Sul tema cfr. A. SINISTRA, *Art. 5*, in G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 221 ss. e P. NOVARO, *L'in house providing*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., pag. 115 ss.

La gestione indiretta³⁰⁶ è attuata base di valutazione comparativa degli specifici progetti, in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti³⁰⁷.

L'art. 5, comma 9 prevede, altresì una forma cd. "mista" in quanto sono costituite dall'amministrazione titolare del servizio e soggetti privati per "l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale". Il codice dei contratti, in tal modo, recependo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla pronuncia Acoset³⁰⁸, accoglie la soluzione della gara per la scelta del socio privato³⁰⁹.

Con riferimento alla valorizzazione, dopo aver chiarito la sua definizione polisensa³¹⁰, il codice, chiarisce altresì che i modelli di coordinamento, direzione ed esecuzione ed esternalizzazione della valorizzazione la quale consiste nell'accrescimento del valore del bene, inteso anche nel suo valore sociale, non solo economico.³¹¹

Alla luce del principio di leale collaborazione³¹², di matrice comunitaria, che ha trovato pieno accoglimento fra le disposizioni del codice dei beni culturali

³⁰⁶ L'art. 115, comma 3 D.lgs 42 del 2004

³⁰⁷ A. MORRONE, *Elementi di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano 2014, 35 s

³⁰⁸ CGCE 15 ottobre 2009, C196/ 08, già richiamata a proposito dei servizi culturali. Commento alla sentenza fornito da G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in Aedon, 2009, 2. La Corte di Giustizia Europea ha statuito la compatibilità con la normativa comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista pubblico-privata, appositamente costituita in vista della fornitura di tale servizio, qualora l'individuazione del socio privato sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica. Commento alla sentenza: *Concessioni di pubblici servizi Per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei "principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento"* in Rassegna avvocatura dello Stato - n. 1/2010.

³⁰⁹ In linea con la posizione del giudice comunitario e come specificato dall'art. 17, comma 1, d.lg. n. 175/2016, la gara ha oggetto anche l'affidamento del servizio.

³¹⁰ G. SEVERINI, *Art. 6 valorizzazione del patrimonio culturale* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012, pp. 53 ss. C. BARBATI, *Art. 6. Valorizzazione del patrimonio culturale*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 406, pp. 74 e ss.; G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di) *Art. 6 in IID* (a cura di) *Commentario di Codice dei beni culturali*, Padova, 2006, pp. 66 e ss.

³¹¹ Il già citato D.l. 146 del 2015 il quale ha definito tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali attività che rientrano fra i livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, qualificandosi come diritti sociali che lo Stato è tenuto a garantire.

³¹² R. BIFULCO, *Leale collaborazione* (principio di), in S. CASESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, pp. 3356 ss.; C. SALERNO, *Note sul principio di leale*

si desume, pertanto un rafforzamento dello strumento della negoziazione ovvero il metodo del confronto³¹³, in una logica di sussidiarietà orizzontale e di partenariato.

Taluni, sembrano aver individuato all'interno del codice un cd. "principio consensuale" in quanto si avviserebbero disposizioni che aprono le porte a forme di collaborazioni sia tipiche³¹⁴ che atipiche³¹⁵ con i privati.

In queste forme di partecipazione privata, difatti, non c'è alcun riferimento ai possibili vantaggi economici che potrebbero derivare per imprese culturali che possano agire nel settore dei servizi alla persona.

Ebbene la disposizione normativa sugli accordi fra le varie parti interessate si riscontra nell'art. 112 del D.lgs 42 del 2004 che disciplina le scelte che riguardano la gestione dei beni culturali e l'identificazione dei vari soggetti interessati, coinvolti nella cd. Fase strategica, in modo da delineare delle norme che guidino la cooperazione pubblico privato al fine di pianificare, coordinare ed armonizzare ed integrare i vari interventi tra le istituzioni territoriali e di permettere la partecipazione dei soggetti privati, singoli e associati alla gestione dei beni culturali³¹⁶

Dalla citata disposizione, è possibile ricavare una forma di realizzazione del principio di consensualità per il tramite di una regola di coordinamento e di integrazione delle scelte e dei relativi interventi nella gestione dei beni culturali pubblici o "mediante la creazione di percorsi di valorizzazione" in

collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano, Torino, 2007; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano 2008; F. GALLATRATI, *La leale collaborazione secondo la Corte Costituzionale: le sentenze "additive di procedura"*, in www.osservatorioaic.it, n. 3/2016; A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in www.rivistaaic.it II, 2016; N. MARI, *La disciplina del contratto di partenariato pubblico privato*, in Atlantex, settembre 2016.

³¹³ M. CAMMELLI, *Pluralismo e cooperazione* in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, pp. 183 ss.

³¹⁴ Con riferimento alle forme tipiche di collaborazione all'interno del D.lgs 42 del 2004 cd. Codice dei beni culturali, Vedi gli artt. 5, 9, 17, 18, 24, 29, 37, 38, 40, 60, 67, 76, 82, 86, 102, 103, 110, 111, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 125, 143, 146, 147, 148, 156

³¹⁵ M. ARMANNO, Art. 40, in M. SANDULLI (a cura di), op. cit. p. 346 e P. CARPENTIERI, artt. 39 e 40 in R. TAMIOZZO (a cura di), Milano, 2005 p. 182; S.PIEMONTE, art. 40 in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, p. 139.

³¹⁶ G. SCIULLO, *Le forme di gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica tra valorizzazione e sussidiarietà*, in *Rivista giuridica urbanistica*, n. 1/2008, p. 93, ma anche L. ZANETTI, art. 112, in M. CAMMELLI (a cura di), pp. 442.

altri termini, i cd. Bacini culturali³¹⁷, così da poter facilitare una rete di accordi sviluppati a più scale sul territorio, sia regionale che sub-regionali.

Il modello di partecipazione nella gestione, che sembra favorito dal codice riscontra una forte somiglianza con il modello molto simile al partenariato istituzionale disciplinato dalla legge n. 662/1996 che regola gli accordi fra enti territoriali e tra quelli privati al fine di programmare una politica di interventi condivisa. La citata disposizione normativa, prevede che all'attività di programmazione prendano parte oltre che l'Ente territoriale proprietario, anche soggetti giuridici costituiti da privati proprietari dei beni da valorizzare e dalle persone giuridiche no profit.

Le cd. Cabine di regia³¹⁸, detengono, per l'appunto il ruolo di coordinamento della programmazione, in modo tale da coinvolgere il tutti gli attori interessati sia pubblici che privati.

Uno strumento ricco di potenziale, è certamente l'art. 112 del codice fornisce la possibilità di poter creare nuove regole di gestione basate su intese in ambito territoriale anche tra i diversi livelli di governo al fine di migliorare la migliore allocazione possibile degli investimenti in funzione di un più razionale sistema integrato di interventi per migliorare la fruizione del patrimonio culturale³¹⁹.

Seppur le esperienze in ambito di valorizzazione dei beni culturali, specialmente ad opera dei Comuni, risultano migliorare in via esponenziale il grado di efficienza e di impatto sul territorio³²⁰, tuttavia, l'inserimento di

³¹⁷ P. CARPENTIERI, Art. 112 in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*. D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42 in E. TAMIOZZO (a cura di) p. 490.

³¹⁸ G. FAMIGLIETTI, D. CARLETTI, *Cabine di regia per la valorizzazione meglio*, in Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, n. 26/2006, p. 83.

³¹⁹ Occorre tuttavia precisare, che prima dell'emanazione del Codice dei beni culturali, in assenza di una norma specifica sulle competenze degli enti locali circa la valorizzazione dei beni culturali, le PA facendo ricorso, per analogia agli accordi ex art. 15 della L.241 del 1990, in combinato disposto con l'art. 11 della stessa legge, nonché dell'art. 152, comma 1 del D.lgs 112/1998 e la disciplina contenuta nell'art. 2 comma 203 della L. 662 del 1996 concernente le intese tra soggetti pubblici e soggetti privati che hanno dimostrato capacità di coordinamento per politiche complesse ed efficaci. Per una più ampia disamina sul tema, Cfr A.L. TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali alla luce del diritto dell'economia*, in Urbanistica e Appalti, n. 10/2007, p. 1204 e ss..

³²⁰ W. SANTAGATA, *Economia creativa e distretti culturali*, in Economia della cultura n. 2/2001, p. 167 e ss.

dinamiche di gestione progettuale, che consideri gli obiettivi, gli standard, la misurabilità dei risultati, tipiche della logica privatistica.

Lo strumento giuridico che meglio sembra esprimere questo connubio, rimane, ad oggi, quello pattizio insieme alle altre forme di collaborazione cooperazione³²¹ sia sul piano strutturale, sia su quello funzionale, al fine di superare altresì eventuali carenze tecniche oppure organiche che possono affliggere la pubblica amministrazione.

Pertanto, le maggiori forme di collaborazione si realizzano spesso con gli accordi che si distinguono in due grandi categorie: il partenariato contrattuale e quello istituzionale.

Il partenariato contrattuale afferisce alla concessione di lavori e servizi, l'allocazione finanziaria, la finanza di progetto, detto in altri termini, tutte quelle attività che richiedono l'esecuzione di una o più prestazioni da parte del privato al servizio del pubblico.

La categoria di accordo istituzionale, invece, disciplina la creazione di un sistema che possa far lavorare in sinergia partner privati e pubblici, costituito ad hoc per la gestione dei servizi.

In aggiunta ai modelli di accordi illustrati, si considerano anche le infinite forme di accordi atipici atti a regolamentare i bisogni che necessitano di caso in caso di una disciplina. Di fatto, gli accordi cd. atipici hanno il merito di aver portato a compimento il principio di sussidiarietà³²²

Si segnala, la sentenza della Corte Costituzionale del 1/10/2003 n 303 punto 2.2, in cui la Corte evidenzia un nuovo parametro interpretativo per il principio di sussidiarietà, laddove questo vada inteso soddisfatto, nel momento in cui si rispettino le indicazioni "procedimentali e consensuali", in tal senso, la Corte individua nella forma dell'intesa e dell'accordo, un particolare esplicitazione di tale principio.

³²¹ BARBATI, *Le forme di gestione* in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali*, p. 193.

³²² Per un commento alla sentenza, Cfr. M. DI PAOLA, *Sussidiarietà e intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale 1 ottobre 2003*, n. 303 in *lexitalia*, 2013, XII.

Gli accordi di programma disciplinati dalla L. n. 662 del 1996 sono uno strumento maggiormente utilizzato dalla P.A., nell'ambito della valorizzazione dei beni culturali, anche in considerazione delle attuali politiche di programmazione degli interventi³²³ e della necessità di razionalizzare le risorse a disposizione.

Queste forme di coordinamento tra soggetti pubblici e privati permettono di governare e programmare gli obiettivi complessi di investimento in attuazione dei principi di efficacia ed efficienza, di sussidiarietà e di partenariato.

In tale modo, il governo del territorio, diventa esso stesso occasione di crescita sociale e di attività di programmazione. Non è infatti noto che la partecipazione cittadina rafforza internamente la concertazione sociale e permette la rinascita delle autonomie in crisi. Difatti a partire dal riconoscimento delle problematiche che affliggono un territorio e attraverso una crescita comunitaria che promuove una coscienza collettiva³²⁴.

L'intervento dei privati nel settore dei servizi culturali, ancora ad oggi, è fin troppo relegato alla necessità di reperire fondi al fine di sostenere le numerose spese richieste dal settore della tutela laddove, il concetto di valorizzazione di fruizione si sono sviluppati nella ricerca di nuovi ed ulteriori forme di utilizzazione dei beni tutelati, anche con risvolti economici³²⁵.

Le forme di finanziamento più comuni adoperate sono le erogazioni liberali, consistenti in donazioni effettuate da privati e da imprese che decidono di

³²³ Sulle forme di programmazione negoziata, Cfr. E. MONTANARO, *Sulla matura dell'accordo di programma e del contratto di programma*, in Foro Amministrativo, 2003, p. 2758; G. DI GASPARE, *Contratti ed accordi di programma*, Roma, 2004; P. GRAUSO, *Gli accordi della Pubblica Amministrazione*, Milano 2007.

³²⁴ Sugli strumenti di concertazione relativi ai beni culturali Cfr. S. FOA', *Problematiche e prospettive di riforma del Codice dei beni culturali: servizio pubblico di valorizzazione e piani strategici di sviluppo culturale* in Atti del Convegno "Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale: profili nazionale ed europei", Roma, 2005, pp. 16 ss. ma anche P. D'ANGIOLILLO, *La programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2011; R. CUONZO, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2007.

³²⁵ Sui rapporti di competenza legata alla valorizzazione, tutela e fruizione Cfr. R. MARZOCCA, *La distinzione fra "tutela e valorizzazione" dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V, parte II della Costituzione*, in Diritto civile e commerciale, Rivista online Diritto.it, 2017.

destinare all'arte una parte delle proprie risorse. Il fenomeno, c.d. mecenatismo culturale, si fonda su un sistema fiscale ad hoc, di esenzioni ed agevolazioni fiscali, costruito per incentivare i soggetti privati ad effettuare interventi di valorizzazione sui beni culturali. Tale sistema viene certamente incentivato dal legislatore attraverso la leva della detraibilità e deducibilità fiscale dell'erogazione per il soggetto donante³²⁶. Tale modello di coinvolgimento dei privati, tuttavia non ha riscosso il successo atteso, per ragioni riconducibili alla poca convenienza fiscale, per la poca visibilità ed a causa di appesantimenti burocratici³²⁷. Un altro modello di partecipazione dei privati è quello delle sponsorizzazioni³²⁸, ovvero di contratti sinallagmatici attraverso i quali il privato acquisisce il diritto di utilizzare, a proprio vantaggio, il nome di un certo bene ovvero l'immagine dello stesso che ha contribuito a tutelare.

Tuttavia, questi modelli di finanziamento³²⁹ conducono alla logica del profitto del privato mettendo al centro dei finanziamenti i beni culturali, a

³²⁶ Sul tema si vedano i contributi di A. FRANCO, *Gli investimenti in cultura: l'attuale normativa fiscale e le principali problematiche* e di F. STAFFIERI, *Beni culturali e forme di agevolazione fiscale: criticità del sistema attuale e possibili prospettive di miglioramento* in F. MARCHETTI (a cura di) *L'intervento privato nel settore dei beni culturali - Aspetti fiscali e amministrativi*, pubblicato sul sito della Fondazione Bruno Visentini e sulla rivista on line Archivio Ceradi della Luiss.

³²⁷ Tale sistema non ha funzionato per vari motivi, tra cui la concorrenza con altri sistemi di donazione, come per esempio le donazioni per la ricerca medica, la povertà e con tante altre forme che sono risultate più idonee ad attrarre capitali.

³²⁸ La giurisprudenza - Cass., civ., sez. I, 11 ottobre 1997, n. 9880, in *NGCC*, 1998, p. 625 - ha definito il contratto di sponsorizzazione come un contratto "atipico a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive che "comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto - il quale viene detto "sponsorizzato" (ovvero, secondo la terminologia anglosassone *sponsee*) - si obbliga a consentire, ad altri, l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo". Tali connotazioni concorrono a differenziare la sponsorizzazione da altre forme di intervento economico in favore di soggetti terzi e, in particolare: a) dal mecenatismo, che ha per oggetto sovvenzioni erogate a titolo di liberalità, senza la previsione a carico del beneficiario dell'obbligo di tenere determinati comportamenti destinati a favorire la diffusione dei segni distintivi del finanziatore, inquadrabile nella categoria dei contratti a titolo gratuito; b) dal contratto pubblicitario, rispetto al quale si distingue per la diversità della causa, poiché ciò che caratterizza il contratto di sponsorizzazione è lo stretto legame che si istituisce fra la divulgazione dell'immagine o dei segni distintivi dello *sponsor* e l'evento (manifestazione o spettacolo) che egli utilizza, confidando nella capacità di presa e nella forza di suggestione delle opere in detta occasione eseguite per promuovere la propria immagine tra gli utenti o destinatari della manifestazione o dello spettacolo. In sostanza, la sponsorizzazione assicura allo *sponsor* una forma di pubblicità solo indiretta, nel senso che il ritorno pubblicitario costituisce solo un effetto del contratto, ma non ne identifica il contenuto.

³²⁹ Sui modelli di partecipazione dei privati alla valorizzazione dei beni culturali, si v. G.

fronte della necessità di reperire fondi per tutelarli, talvolta come unica risorsa perché non vadano distrutti dal tempo e dall'usura.

Non è sempre agevole, infatti, affrontare le tematiche dell'equità, dell'accessibilità e della fruizione, sottese all'interesse collettivo al quale risponde il legislatore con la logica della sostenibilità pubblica e della tutela dei beni culturali³³⁰ soprattutto nell'ottica di un legame inscindibile per lo Stato fra dovere di tutela e di valorizzazione³³¹.

Il primo chiarimento che si rende necessario, opera nell'ambito della tutela e della valorizzazione³³², che oltre che interessare la questione della relativa competenza³³³ afferisce ad un utilizzo lessicale più o meno³³⁴ riservato. Degno di menzione è il contributo della giurisprudenza della Corte

FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in Aedon rivista di arti e diritto on line, n. 1-2 del 2012.

³³⁰ Sul tema della sostenibilità dei “costi della cultura” nonché sulla necessità di conciliare il perseguimento del profitto da parte dei soggetti privati, attenti alle ragioni dell'efficienza economica, con le ragioni dell'equità, come ad esempio l'esigenza che la cultura rimanga di fruibilità collettiva si v. E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in In B.C. E. BATTELLI (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela* pp. 53-89, Roma : Roma TrE-Press.

³³¹ Sull'inscindibilità del legame fra dovere di tutela e valorizzazione, si v. A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Ed. Scientifica Napoli, 2017 pp. 69 e ss. dal quale emerge che

³³² Sul tema tutela e valorizzazione si v. G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale*, in Aedon 1/2004; N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra “tutela” e “valorizzazione” dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i beni culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in Aedon n.1/2003; M.A. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in Rivista giuridica dell'edilizia 1967 pt. II pag. 70.; G. VOLPE, *Tutela del patrimonio storico-artistico nelle problematiche della definizione delle materie regionali*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1971 pag. 375; Il ruolo delle regioni in materia di valorizzazione è disciplinato dall'art.112 2° comma, del Codice con cui afferma che la legislazione regionale “disciplina la valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente”.

³³³ La tutela è di competenza esclusiva dello Stato, che detta le norme ed emana i provvedimenti amministrativi necessari per garantirla art. 117, comma 6, della Costituzione; la valorizzazione è svolta in maniera concorrente tra Stato e regione, e prevede anche la partecipazione di soggetti privati.

³³⁴ Spesso il legislatore parla di *conservazione* sia nel generale contesto della *tutela* riservata allo Stato, che nell'ambito della *valorizzazione*. Ma non è detto che l'identità lessicale configuri necessariamente una indebita sovrapposizione: almeno in questo campo la Corte costituzionale sembra aver giustificato una qualche elasticità delle definizioni normative, non solo sostenendo che taluni interventi di conservazione possano essere assunti nell'ambito proprio della manutenzione (sentenza n. 277/93 già citata), ma riconoscendo che nella stessa valorizzazione possano trovare spazio attività significative quali quelle destinate al "recupero", che per consistenza ed ampiezza sembrano assimilabili al nucleo della conservazione (sentenza n. 64/87)

costituzionale che chiarisce il *discrimen* fra queste figure. Si pensi alla nota sentenza n. 9 del 2004, in tema di attività di restauro, nella quale la Corte afferma che "il restauro dei beni culturali costituisce una delle attività fondamentali in cui si esplica la tutela dei beni medesimi", precisando, tuttavia, che "attraverso le operazioni di restauro può anche giungersi alla valorizzazione dei caratteri storico-artistici del bene, che è però cosa diversa dalla valorizzazione del bene al fine della sua fruizione. Quest'ultima, invero, non incidendo sul bene nella sua struttura, può concernere la diffusione della conoscenza dell'opera e il miglioramento delle condizioni di conservazione". La Corte, inoltre, individua, quali elementi distintivi tra le due tipologie di attività, da un lato, le potenzialità legate alla diffusione e promozione dell'opera (che ineriscono alla valorizzazione), dall'altro, gli interventi finalizzati alla conservazione della struttura (che concernono la tutela). Da qui, l'articolazione di una distinzione tra le due funzioni attraverso il rimando a una natura statica, tipica della tutela, in antitesi alla natura dinamica, propria della valorizzazione.

Orbene terminata la disamina sulle forme di gestione – alias co-gestione - privata attualmente esistenti per i beni culturali, si evidenzia, tuttavia la sussistenza di notevoli margini di crescita, di tale settore, che possano vedere i privati coinvolti in nuove forme di co-gestione e co-finanziamento³³⁵. Detta estensione potrebbe operare anche attraverso un ampliamento dei servizi resi e segnatamente, dei servizi culturali resi alla persona.

Tuttavia, si ritiene che il nuovo orizzonte da percorrere sia quello di una maggiore estensione dei servizi culturali nell'ottica di un superamento del concetto di fruizione ma che trovino ancora nell'espletamento dei servizi dedicati alla persona. Come si dirà meglio di seguito, la disciplina che regola ed organizza i servizi alla persona si sviluppa nel mercato,

³³⁵ M. C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon* n. 3/2018.

quello socio-assistenziale integrata, per alcuni aspetti, con il mondo dei servizi sanitari propriamente detti.

Occorre rilevare che la discussione degli effetti sociali portati dalle attività culturali non sia del tutto inedita. Infatti, se si pensa alle attività ormai consolidate dell'archeologia pubblica³³⁶ in cui le attività di scavo di di organizzazione dei siti archeologici, sono a “pensati” per la fruizione pubblica intesa non solo sul profilo del godimento estetico e conoscitivo, ma da un punto di vista di esperienza empirica che metta il cittadino in contatto con le tecniche e le scienze che accompagnano le varie fasi di scavo.

In altre parole, l’apertura al sociale delle attività culturali non rappresenta una novità e neppure un'utopia.

Sul valore sociale dei beni culturali, occorre tuttavia operare una precisazione, al fine di non incorrere in fraintendimenti tematici. La dottrina³³⁷ e la giurisprudenza³³⁸ riconosce la funzione sociale dei beni culturali riconducendo la riflessione nell'ambito del rapporto fra la demanialità e la proprietà privata del bene. In questo quadro normativo il provvedimento del

³³⁶ L’Archeologia Pubblica è una complessa operazione culturale collettiva, da condurre mediante processi partecipativi di costruzione di conoscenza, di tutela, di valorizzazione, di fruizione, di gestione del patrimonio archeologico e, più in generale culturale e paesaggistico. Sul tema si Veda G. VOLPE, *Archeologia pubblica: Metodi, tecniche ed esperienze*, Carocci Editore, 2020. Dello stesso autore, *Patrimonio al futuro. Un manifesto per i beni culturali*, Electa, 2015; *Un patrimonio italiano. Beni culturali, paesaggio e cittadini*, UTET, 2016; *Il bene nostro. Un impegno per il patrimonio culturale*, Edipuglia, 2019.

³³⁷ P. STELLA RICHTER-E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, Padova, 2002; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, negli Scritti in onore di M.S. GIANNINI, vol. II, Milano, 1988, p. 113 s; n A. CATELANI-S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXXIII, Padova, 2002, p. 387; M. AINIS-L. FIORILLO, *I beni culturali*, in Trattato di diritto amministrativo, diretto da S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milano, 2000; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Postfazione ad un dibattito su La cultura e i suoi beni giuridici. I beni culturali: gnoseologia e nuove disposizioni*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, 424; F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, 281; N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, spec. 38 ss.. Non può non richiamarsi la posizione di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, p. 240, ove si ravvisa proprio nella funzione sociale “l’elemento che modifica la struttura tradizionalmente riconosciuta alla proprietà”.

³³⁸ La decisione Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6344, sottolinea come il bene culturale sia ormai “protetto per ragioni non solo e non tanto estetiche, quanto per ragioni storiche, sottolineando l’importanza dell’opera o del bene per la storia dell’uomo e per il progresso della scienza”.

Ministero della Cultura atto a dichiarare³³⁹ o verificare³⁴⁰ il bene di interesse culturale ex art. 12 o 13 del D.lgs 42 del 2004 (da non confondere con il bene pubblico³⁴¹ ovvero con il bene a destinazione pubblica³⁴²) – con relativa soggezione del bene alle disposizioni del Codice dei beni culturali- opera all'interno di un valore sociale riconosciuto al bene – in combinato disposto fra gli artt. 2, 9 e 42 del dettato costituzionale.-.

Ebbene nella presente analisi, si intende sperimentare un discostamento da tali riflessioni che seppur necessarie per definire, in negativo, il bene oggetto di disamina, non sono direttamente applicabili alla considerazione in oggetto.

³³⁹ La dichiarazione di interesse culturale, ex art. 13 D.lgs 42/2004, ha lo scopo di accertare la sussistenza dell'interesse culturale nei beni mobili e immobili di proprietà privata, con conseguente loro assoggettamento ai “vincoli” di tutela dettati dal Codice. Sulla natura giuridica della dichiarazione, si evidenzia una diatriba dottrinale. A supporto della tesi quale “accertamento costitutivo” si sono espressi Cfr. M.A. SANDULLI, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico qualificato*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ. 1954, p. 1023; A. BILE, *La posizione giuridica delle cose di interesse artistico e storico di proprietà privata*, in Giust. Civ. 1956, 1110; M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico e storico*, Padova, 1953. Invero, a supporto della tesi della natura giuridica meramente dichiarativa, Cfr. L. BIAMONTI, *Natura del diritto dei privati sulle cose di pregio artistico e storico* in Foro.it, 1913; P. CALAMANDREI, *Immobilizzazioni per destinazione artistica*, in Foro.it, 1933; T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001.

³⁴⁰ La verifica dell'interesse culturale, ex art. 12 D.lgs 42/2004 coinvolge i beni, appartenenti a soggetti pubblici o persone giuridiche private senza fine di lucro, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni. Il procedimento è volto in primis ad una tutela preventiva che potenzialmente posseggono un interesse culturale ipso iure, e dall'altra parte svincola beni privi di alcun interesse concreto sì da consentire all'immediata sdemanializzazione (v. Cons. St. Sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4829; Cons. St. Sez. VI, 14 febbraio 2017, n. 642).

³⁴¹ Sulla nozione di bene pubblico *ex multis* V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; S. CASSESE, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano 1979; V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici* in Dig. Disc. Pubbl. 1987; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Bulzoni Ed., 1963;

³⁴² Sono l'insieme di mezzi di cui si serve la pubblica amministrazione per perseguire l'interesse pubblico, in base alle norme vigenti in materia di finanza, contabilità dello Stato e procedimenti amministrativi. I beni pubblici rientrano nella categoria dei beni di interesse pubblico e l'art. 1 del R.D. n. 2440/1923 ne specifica la natura precisando che i primi appartengono esclusivamente allo Stato o agli enti pubblici, mentre i secondi possono appartenere anche a soggetti privati. In particolare, l'ordinamento giuridico non definisce i beni pubblici ma individua categorie di beni sulla base di caratteristiche comuni, quali la finalità pubblica e le limitazioni alla disponibilità, all'uso e alla tutela. Sul punto, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè Editore, Milano 2004, l'autore nel supportare il conio di questa denominazione per i beni, sottolinea il *discrimen* rappresentato da una “diversa intensità dei vincoli” e dei poteri dell'amministrazione che grava maggiormente sui beni a destinazione pubblica.

Difatti l'intento è quello di proporre un nuovo paradigma di funzione sociale che include, e non prescinde, la valorizzazione fino ad approdare su argomenti inediti, come quella della fruizione sociale.

Da quanto brevemente illustrato, i modelli di co-gestione predisposti dal legislatore comunitario e nazionale sono vari e permettono diverse forme di collaborazione; tuttavia si riscontra una certa mancanza di innovazione nelle forme di co-finanziamento dalla quale emerge, pertanto, la necessità di ripensare ai modelli di partenariati pubblici privati nell'ottica di servizi culturali che involgono anche la persona e che aprono scenari economici e di finanziamento differenti.

Per fruizione dei beni culturali³⁴³ si intende l'offerta di un bene culturale alla conoscenza e al godimento collettivo, che include, di norma, l'accessibilità al pubblico, in altre parole, una *species* del *genus*³⁴⁴ della valorizzazione, che rappresenta invece l'iniziativa attiva per alimentare, favorire e accrescere la conoscibilità del bene³⁴⁵. Per fruizione sociale, nella fase di prevenzione oggetto della presente disamina, si intende promuovere una sperimentazione artistica attiva, di apprendimento delle arti figurative che passa anche attraverso una conoscenza empirica ed un rapporto solido con i luoghi della cultura che caratterizzano un certo territorio.

Alcune attività, già note ai più, per il loro successo sul territorio, come quelle promosse da Fondazione con il Sud³⁴⁶, trovano tuttavia una forte

³⁴³ M. VENTURINO GAMBARI (a cura di), *Vivere nei luoghi del passato. Tutela valorizzazione e fruizione delle aree e dei parchi archeologici*, Atti del Convegno, Serravalle Scrivia, 25-26 settembre 2004, Genova 2009.

³⁴⁴ fruizione dei beni culturali

³⁴⁵ L'art. 102 del Codice stabilisce che lo Stato e gli Enti pubblici hanno l'obbligo di assicurare la Fruizione dei beni culturali presenti nei luoghi della cultura.

³⁴⁶ Cfr. www.labsus.org/2015/07/crea-smart-cities: La 'Fondazione Con il Sud', è nato il 22 novembre 2006 da un Patto d'Intesa stipulato tra Acri e il Forum permanente per il Terzo Settore. Tale soggetto, interamente privato, è volto a promuovere le "infrastrutture sociali" nel Mezzogiorno d'Italia, attraverso una cooperazione di vari soggetti privati diversificati e agenti senza fini di lucro. Tale fine si realizza attraverso una promozione delle varie realtà sociali presenti e della loro collaborazione. La promozione prevista si concretizza in due possibili modalità: il sostegno finanziario ai progetti ritenuti "esemplari", ovvero attraverso la promozione e il sostegno di quei soggetti operanti nella raccolta di donazioni a fini di utilità sociali denominati "fondazioni di comunità". Tra i fini specificatamente indicati dalla Fondazione vi è quello volto alla cura e valorizzazione dei beni comuni, e in tale contesto si pone il Bando storico-artistico della "Fondazione Con il Sud", pubblicato per la prima volta nel 2008 e ripetuto nel 2010 e nel 2014, in cui il fine è quello della «tutela e valorizzazione

limitazione, in termini di mancata sistematizzazione delle attività promosse, ove l'iniziativa è subordinata alla capacità di promozione e di organizzazione dei privati. Un altro aspetto di criticità afferisce alla mancanza di un seguito da un punto di vista della ricerca. Guardando, infatti, alla metodologia degli oltre 2000 studi di ricerca presi in considerazione dal report dell'OMS i risultati dell'impatto di talune attività, sono riscontrabili in termini di miglioramento della salute e del benessere del cittadino/paziente. Invero gli esperimenti sociali portati avanti da fondazioni o da imprese culturali sul territorio peccano di sistematicità e di tracciabilità ai fini di un miglioramento dei servizi resi.

Appare adesso, chiaro come la funzione economica del patrimonio tutelato³⁴⁷ sia direttamente proporzionale alla sua fruizione sociale³⁴⁸.

c. Il ruolo chiave del terzo settore

Come per il settore socio culturale³⁴⁹ si ritiene che il ruolo del terzo settore possa rappresentare la chiave di volta dell'attuazione di un sistema integrato culturale e sanitario.

del patrimonio storico-artistico e culturale» del Sud, identificando in tali attività uno scopo non solo conservativo ma anche di sviluppo economico-sociale della collettività locale. Ciò viene posto alla base dell'eventuale finanziamento, erogato in seguito ad un accertamento discrezionalmente dalla stessa Fondazione riguardo la presenza dei fini indicati, sulla base però di precisi criteri indicati dal bando di gara, tra i quali vi è tanto la rilevanza storica, artistica e culturale del bene e la sua attrattività e fruibilità, quanto il potenziale utilizzo per finalità sociali. Il bando prevede espressamente l'obbligo di presentare una dichiarazione attestante la rilevanza artistica, storica e culturale del bene oltre alla connessione dello stesso con il territorio di riferimento. La necessità di un approccio collaborativo riceve un giudizio positivo pressoché unanime nella dottrina tanto giuridica che operante in altri settori del mondo sociale. Si pensi alle proposte *open government* per le *smart cities* in ambito architettonico.

³⁴⁷ La Corte Costituzionale ha più volte affermato che i beni culturali sono «valori costituzionali primari» che non possono essere subordinati «ad altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici», delineando, dunque, la necessità di una salvaguardia.

³⁴⁸ A. FERRARIS, «*Sussidiarietà culturale*», una via contro il declino del Bel Paese?, in *ilsussidiario.it*, 1/4/2009; in tono polemico anche D. MANACORDA, *L'Italia*,: «*il conservatore paventa ogni forma di innovazione ed ha paura del coraggio del cambiamento...La loro Bibbia è la Costituzione, ipotizzata e ritualizzata. Citano a ripetizione l'articolo 9 ma confondono la Repubblica con lo Stato, perché non sono ancora arrivati a leggere l'articolo 114. Si ricordano a volte dell'articolo 33, ma fanno quadrato per impedire le riproduzioni dei beni culturali pubblici e la circolazione delle informazioni, e in nome del "bene comune" confondono gestione comunitaria e gestione burocratica, perché se non hanno letto il 114 come possono conoscere l'articolo 118?*».

³⁴⁹ in seguito si spiegherà quanto sia cruciale il ruolo del terzo settore nel sistema socio sanitario

Con il termine³⁵⁰ Terzo Settore si intende quel complesso di enti privati che si pongono all'interno del sistema socio-economico e si collocano tra Stato³⁵¹ e Mercato e che sono orientati alla produzione di beni e servizi di utilità sociale" come: cooperative sociali, associazioni di promozione sociale, ONLUS, associazioni di volontariato, organizzazioni non governative, ecc..

Come afferma il prof. Zamagni³⁵², sostenitore e studioso del Terzo Settore:

"Vi è una linea di pensiero sociale squisitamente italiana - nata e fiorita in Italia a partire dall'Umanesimo civile fino all'Illuminismo milanese e napoletano del Settecento – nota come economia civile. [...] Idea centrale di tale linea di pensiero – il cui impianto categoriale è nella matrice cattolica, come la "Caritas in Veritate" ha ben chiarito - è quella di fondare l'architettura della società su tre pilastri: pubblico (Stato e Enti Pubblici); privato (mondo delle imprese); civile (organizzazioni della società civile, per comodità denotate come terzo settore). Ciascuno di questi ha i suoi principi di valore ed è connotato da modi specifici di azione ma tutti e tre i pilastri

³⁵⁰ Sulla definizione di Terzo settore si vedano i contributi di F. BASSANINI-P. RANCI (a cura di), *Non per profitto*, in Quaderni della fondazione Olivetti, n. 23, 1990; P. DONATI, *Teoria relazionale della società*, Milano 1991; L. BOCCACIN, *L'azione solidaristica organizzata: il terzo settore in Italia*, in Agg. Soc, n. 1/1994, pp. 25 ss; L.BRUSCUGLIA - E.ROSSI,(a cura di), *Terzo settore e nuove discipline giuridiche*, Milano, 2000, pp. 43 ss. Si rammenta infatti che si ritenevano riconducibili al c.d. Terzo settore le organizzazioni non statali e non aventi scopo di lucro che perseguono fini di utilità sociale, cfr. S. PASQUINELLI, *Stato Sociale e terzo settore in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, p. 279, ovvero l'insieme di quelle azioni organizzate di rilevanza sociale con esplicite finalità solidaristiche, terze, rispetto allo Stato (e alle altre istituzioni pubbliche in genere) e al mercato, cfr. E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, p. 155.

³⁵¹ Sul rapporto tra Terzo settore e Pubblica amministrazione, si veda A. GUALDANI, *Il rapporto tra le P.A. e gli enti del Terzo settore*, in *Federalismi*, 8 settembre 2021. Il contributo fornisce un'analisi sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi evidenziando che il Codice del Terzo settore infatti ha riservato al tema trattato precipua attenzione all'interno del Titolo VII e sottolineando come nella sua fase attuativa sia apparsa subito evidente l'assenza di coordinamento tra le disposizioni di quest'ultimo e quelle del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) sull'affidamento dei servizi sociali, non essendo stato delineato con sufficiente chiarezza il confine del rispettivo ambito di applicazione. Ciò ha dato luogo ad una situazione di complessità che ha visto schierarsi in una costante tensione tra i principi di concorrenza e di sussidiarietà, l'Autorità nazionale anticorruzione, il Consiglio di Stato in sede consultiva e l'elaborazione pretoria. Un punto di svolta è stato segnato dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 e dalle recenti novità normative che hanno poi condotto ad una composizione della questione.

³⁵² Stefano Zamagni è un economista e accademico italiano, ex presidente dell'Agenzia per il terzo settore, apprezzato in tutto il mondo per i suoi studi in materia di economia sociale. Dal 27 marzo 2019 è presidente della Pontificia accademia delle scienze sociali.

devono interagire tra loro in maniera organica secondo il metodo deliberativo per risolvere le varie tipologie di problemi. L'ordine sociale, dunque, non è più basato sulla dicotomia pubblico-privato (o come si usa dire Stato-mercato) ma sulla tricotomia pubblico, privato, civile."

Con l'uso dell'espressione "terzo settore" si intende definire pertanto l'azione operata da un complesso di enti privati che agiscono all'interno del sistema socioeconomico³⁵³. L'ambito di azione si sviluppa, prevalentemente nel contesto della produzione di beni e servizi di rilevanza e di utilità sociale. È definito "terzo" poiché l'intervento di detti enti si pone in rapporto di sussidiarietà ex art. 118 comma 4 della Costituzione rispetto ai settori istituzionali demandati ad intervenire, per cui *"Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"*³⁵⁴.

Al fine di garantire la concorrenzialità³⁵⁵ del mercato, l'attuale sistema in tema di servizi si propone di incentivare:

- a) la creazione di nuovi spazi di piena liberalizzazione per servizi o segmenti di servizi;
- b) l'utilizzazione della gara ad evidenza pubblica, per l'introduzione di forme di concorrenza "nel mercato";
- c) l'adozione di misure volte a favorire la crescita dimensionale dei gestori del servizio, al fine di superare la frammentazione degli operatori ed

³⁵³ Sulla riforma del terzo settore Cfr L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del terzo settore*, in osservatorio sulle fonti Fascicolo 1/2018; per una ricostruzione della normativa anche P. ADDIS, E.A. FERIOLI, E. VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa dall'Unità ad oggi*, in *Il Terzo settore nell'Italia Unita* a cura di E. Rossi e S. Zamagni, Bologna, Il Mulino, 2011, 129 ss.; G.P. Barbetta, G. ECCHIA, N. ZAMARO, *Le istituzioni non profit in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016;

³⁵⁴ L'opportunità di realizzare una riforma del Terzo settore era stata ben evidenziata da E. ROSSI, *La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22.; E. ROSSI -S.ZAMAGNI, *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011 e S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 15.

³⁵⁵ Per un approfondimento sul tema della concorrenza nell'erogazione dei servizi, Cfr L. BOTTINELLI, *L'impresa europea di interesse generale: il progetto Galileo*, in AA.VV., *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di G. ROSSI, Milano, 2006, pp. 145 ss. 77.

aumentare, in definitiva, l'efficienza del servizio e la competitività delle aziende sul mercato europeo.

In Italia, la materia del terzo settore è stata organizzata ad opera del d.lgs. 117/2017, in attuazione della legge delega n. 106 del 2006 che ha delineato un nuovo scenario organizzativo, gestionale, normativo e fiscale per gli operatori del mercato dei servizi sociali e dei servizi alla persona³⁵⁶. Ai sensi dell'art. 4, possono considerarsi enti del terzo settore:

- le organizzazioni di volontariato;
- le associazioni di promozione sociale;
- gli enti filantropici;
- le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Nella piena consapevolezza dell'incisività che detta riforma avrebbe operato nel mercato³⁵⁷, la sua realizzazione prevedeva un intervento scaglionato nel tempo, per cui:

- le disposizioni contenute nell'articolo 104, comma 1 del d.lgs 117/2017 si applicano a partire dal periodo d'imposta successivo al 31 dicembre 2017;
- le disposizioni fiscali contenute nel titolo X del codice si applicheranno dopo l'avvenuta ricezione dell'autorizzazione da parte della Commissione europea;
- le altre disposizioni trovano applicazione solo successivamente all'operatività del Registro Unico Nazionale.

Ebbene, quest'ultima fase, l'attivazione del registro unico nazionale del terzo settore (R.U.N.T.S.), come previsto dall'art. 45 del Codice del Terzo

³⁵⁶ E.ROSSI, *Il futuro del terzo settore nei servizi alla persona*, in "Aretè", 2010, pp. 23 ss., che evidenzia la rilevanza degli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento nell'erogazione dei servizi sociali.

³⁵⁷ anche in considerazione delle spinte comunitarie sul tema.

settore si è attivata a partire dal 23 novembre 2021, come disposto dal Decreto Direttoriale n. 561 del 26 ottobre 2021³⁵⁸.

In tal modo, gli enti del Terzo Settore già esistenti, dunque, hanno dovuto scegliere, nel periodo transitorio determinato, dal d.l. 125 del 2020, se passare al Terzo Settore, adeguando lo statuto e scegliendo una delle forme previste dalla riforma, ovvero restare un semplice ente non commerciale, rinunciando ai benefici fiscali per coloro che fanno parte del R.U.N.T.S..

Nell'ambito della gestione e della tutela dei beni culturali, risulta utile un breve riconoscimento dell'intervento del terzo settore nella gestione e nella tutela dei beni culturali appartenenti al patrimonio italiano, ascritti alla sfera dei beni pubblici. Difatti a fronte delle difficoltà nella conservazione e gestione del suddetto patrimonio, l'intervento del terzo settore, sopperisce alla necessità di far fronte a delle esigenze di tutela e fruizioni cangianti, che necessitano di un mercato elastico che sia in grado di mutare e di adattarsi, caratteristica che più facilmente si riscontra nel mercato privato che in quello pubblico.

In quest'ottica, occorre quindi collocare l'operato del Terzo settore nell'ambito dello svolgimento di attività che possiedono un forte impatto a livello sociale, si parla, infatti, di enti che hanno l'obiettivo finale di realizzare delle opere di pubblica utilità, le principali funzioni che questo genere di organizzazioni svolgono, possono elencare come di seguito:

- IV.1. funzione produttiva, svolta da imprese e cooperative sociali;
 - IV.2. funzione di *advocacy*, svolta, ad esempio, dalle organizzazioni di volontariato e dalle associazioni di promozione social;
 - IV.3. funzione erogativa, ovvero l'impegno profuso all'attuazione di interventi di welfare, volti ad aumentare e garantire il benessere dei cittadini
- E proprio nell'ambito della funzione erogativa, si inserisce l'intervento delle

³⁵⁸ Aggiornamenti Ministero del Lavoro e delle politiche sociali al 27 ottobre 2021. <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/Terzo-settore-e-responsabilita-sociale-impresefocus-on/Riforma-terzo-settore/Pagine/Registro-Unico-Nazionale-Terzo-Settore.aspx>

Organizzazioni del Terzo settore nella gestione e valorizzazione del patrimonio culturale italiano.

Pertanto è nell'ambito della funzione erogativa del Terzo settore che si possono intercettare dei margini di crescita nel mercato che possono far fronte all'esigenza di fornire servizi integrati. Sul punto, si pensi all'incremento nel mercato³⁵⁹ delle imprese culturali e creative³⁶⁰ che attengono tanto alle realizzazioni artistiche quanto all'innovazione industriale, al non profit così come al mercato capitalistico e lucrativo, al settore sia pubblico sia privato.

Elemento centrale che caratterizza le imprese culturali e creative, è quindi la previsione, nel proprio atto costitutivo e statuto, di svolgere una precisa attività, ovvero lo svolgimento in via esclusiva o prevalente, dell'attività di ideazione, creazione, produzione, sviluppo, diffusione, conservazione, ricerca e valorizzazione o gestione di prodotti culturali, intesi quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e all'audiovisivo, agli archivi, alle biblioteche e ai musei, nonché al patrimonio culturale e ai processi di innovazione ad esso collegati.

La propensione alla ricerca e la caratteristica dell'interdisciplinarietà di questo settore, rende le imprese sociali, e nello specifico le imprese culturali e creative il perfetto *"l'anello di congiunzione"* nell'ambito dell'integrazione dei servizi sanitari-culturali.

³⁵⁹ C. DI CECCO, *Il "terzo settore" per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale*, in *Aedon* n. 2 del 2006. L. GORI, La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A., in *Federalismi*, n.14/2020, p. 5; L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it* – Anno XI - Fascicolo 1/2018

³⁶⁰ Per un approfondimento sul tema si veda G. BOSI, *L'impresa culturale. Diritto ed economia delle attività creative*, Edizione il Mulino, 2017. La Legge di stabilità 2018 prevede al comma 57 *"Sono imprese culturali e creative le imprese (...) che hanno quale oggetto sociale, in via esclusiva o prevalente, l'ideazione, la creazione, la produzione, lo sviluppo, la diffusione, la conservazione, la ricerca e la valorizzazione o la gestione di prodotti culturali, intesi quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e all'audiovisivo, agli archivi, alle biblioteche e ai musei nonché al patrimonio culturale e ai processi di innovazione ad esso collegati"*.

III.3. Il servizi misti pubblici privati nella gestione e trattamento della terapia

Il report dell'OMS ripercorrendo, brevemente la letteratura scientifica sulle *medical humanities* e alle *health humanities*³⁶¹, coglie l'occasione per riaffermare un punto che raccoglie sempre più condivisioni nella sanità sul ruolo delle arti nell'ambito della salute per aiutare a comprendere le patologie ed il disagio. Il report riporta infatti che *“È stato dimostrato che il coinvolgimento in attività di comunità caratterizzate da arti e artigianato migliora l'auto-percezione della salute generale, oltre ad alcuni aspetti della salute mentale e del benessere”*.

In sostanza “Il report raccoglie le evidenze sul contributo delle arti per la promozione di una buona salute, il miglioramento o la prevenzione di una serie di condizioni di salute fisica e mentale, così come per il trattamento o la gestione di condizioni acute e croniche che si manifestano nel corso della vita. Gli studi hanno esaminato una serie di diverse attività artistiche e programmi offerti in vari contesti, dagli ospedali ai servizi delle cure primarie, dalla comunità alla casa”. L'intervento di attività culturali ad integrazione delle attività sanitarie aumentano l'efficienza delle terapie.

Nella fase di integrazione culturale della gestione e trattamento delle terapie, il destinatario dei servizi integrati è il paziente -o assistito³⁶²- e l'assistenza dei servizi culturali mira ad accrescere l'aspetto umano e quindi quello della persona che si affianca all'interno del contesto dei servizi sanitari resi alla persona.

Lungi dal voler addentrarsi il discorso argomentativo sulle tematiche appartenenti a settori che non afferiscono all'oggetto della presente dissertazione, tuttavia appare utile, ai fini della trattazione, accennare all'esistenza di un dibattito - aperto- sull'aumento delle strutture, in Italia e

³⁶¹ COLE, CARLIN, R.CARSON, *Medical humanities: an introduction*. Cambridge: Cambridge University Press; 2014; P. CRAWFORD, B. BROWN, C. BAKER, V. TISCHLER, B. ABRAMS, *Health humanities*. Basingstoke: Palgrave Macmillan; 2015.

³⁶² Grazie all'adozione del nuovo codice deontologico, si è persa la denominazione di “malato” trovando spazio, invece, quella di “assistito”

nel mondo, che operano con la medicina integrata ³⁶³. Dopotutto, l'evoluzione della medicina stessa, che è in continua evoluzione, è la prova vivente che, fermo restando le evidenze scientifiche, l'essere umano è un essere complesso e che talvolta, il concetto stesso di salute è un divenire alla quale si innescano delle dinamiche talvolta trascendenti le terapie tradizionali ³⁶⁴. Tale accenno appare utile per supportare la tesi in discussione, che afferma da un lato la necessità di guardare ad un benessere olistico della persona che precede l'essere paziente, ed in seconda istanza la maturità dell'attuale sistema di erogazione dei servizi culturali e di quelli socio sanitari per poter aspirare ad una nuova frontiera che li veda interagire fra di loro.

Dopo aver accennato alla natura essenzialmente privatistica delle ASL, l'obiettivo che questo paragrafo si propone è quello di fornire una panoramica sul ruolo dei privati nell'ambito dell'erogazione dei servizi sanitari cercando, inoltre di intercettare i punti di connessione che permettono già ad oggi di fornire un servizio integrato con il sistema socio-sanitario.

Si vedranno, inoltre, alcune esperienze maggiormente diffuse nell'ambito delle attività culturali di assistenza ai malati e ci si soffermerà sulle potenzialità che questo ambito, se trainato dai privati del può rappresentare.

³⁶³ La medicina integrata è un approccio innovativo alla medicina e alla formazione medica, che raccoglie radici molto antiche. La medicina integrata riconosce la medicina tradizionale o convenzionale come fulcro della cura, ma affianca ai moderni esami diagnostici e trattamenti convenzionali, un'attenta selezione di terapie complementari, come l'omeopatia, l'agopuntura, la medicina degardiana, l'osteopatia, la terapia cranio sacrale, la psicologia per equilibrare mente e corpo, e raggiungere il benessere psicofisico totale della persona.

³⁶⁴ La sentenza della Corte Costituzionale n. 353/2003 ha dichiarato illegittima una legge regionale di regolamentazione delle pratiche terapeutiche e delle discipline non convenzionali. Nel caso in esame, la disciplina in questione è ricondotta nell'ambito della competenza concorrente in materia di "professioni" di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione. La Corte, ribadendo la sua precedente giurisprudenza, afferma che l'assenza di una puntuale disciplina a livello nazionale delle medicine non convenzionali, non legittima un intervento della singola Regione, in quanto i relativi principi fondamentali sono comunque rinvenibili all'interno della legislazione statale già in vigore. In materia di professioni, la potestà legislativa regionale sanitaria deve, quindi, rispettare il principio, già vigente nella legislazione statale, secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili ed ordinamenti didattici, è riservata allo Stato.

a. Il ruolo dei privati nell'erogazione dei servizi sanitari

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale³⁶⁵.

Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e seguendo modelli idonei da garantire il rispetto del principio di eguaglianza dei cittadini³⁶⁶.

La concretizzazione del servizio sanitario nazionale attraverso l'erogazione dei servizi sanitari, compete allo Stato³⁶⁷, alle regioni³⁶⁸, agli enti locali

³⁶⁵ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2020

³⁶⁶ Sulla partecipazione dei cittadini e sull'analisi di un caso di studio si veda M. RENNA, C. MICCICHE', P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

³⁶⁷ S. BARBARESCHI, G. BOLDI, P. CHIRULLI, P.I. D'ANDREA (a cura di), *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Federalismi*, 2014.

³⁶⁸ L'art. 117, co. 2, lett. m), riserva allo Stato la competenza legislativa in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"; l'art. 117, comma 3, invece, attribuisce alla competenza concorrente la materia "tutela della salute" (si ricorda che già nella precedente formulazione la materia "assistenza sanitaria ed ospedaliera" era di competenza legislativa concorrente) e "ricerca scientifica" (quest'ultima naturalmente collegata alle finalità di tutela della salute: cfr. Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20).

Il quadro del riparto di competenze deve essere completato con le disposizioni relative al riparto delle competenze regolamentari (art. 117, co. 6) e delle funzioni di amministrazione attiva (art. 118), alla regolamentazione della finanza pubblica (art. 117, co. 2 e 3, art. 119), alla previsione dell'intervento sostitutivo dello Stato quando lo richieda "la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 120, co. 2).

territoriali³⁶⁹, garantendo la partecipazione dei cittadini³⁷⁰. Ad oggi, a seguito di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, il servizio sanitario nazionale garantisce il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività che incidono sullo stato di salute degli individui e della collettività.

L'organizzazione del servizio sanitario nazionale è potenzialmente dotata di diversi modelli di sviluppo, tuttavia, può essere utile partire da due schemi che rappresentano modelli³⁷¹ che si collocano agli opposti estremi: il modello pubblico e quello privato.

Nel modello pubblico il diritto di usufruire dei servizi sanitari appartiene a tutti i cittadini in quanto il finanziamento dei servizi è sovvenzionato attraverso il pagamento delle imposte e dei contributi ex art. 57 della Costituzione. Lo Stato, nelle sue rappresentazioni territoriali è il principale responsabile dell'erogazione dei servizi attraverso la predisposizione di strutture pubbliche. Il modello pubblico, pertanto, seppur garantisce l'uniformità delle prestazioni è carente nella definizione della sua capacità produttiva ed è talvolta inefficiente nell'organizzazione limitando, talvolta,

³⁶⁹ Sentenza Corte Cost. 195 del 2021. La competenza regionale in materia di autorizzazione e vigilanza sulle istituzioni sanitarie è riconducibile alla più generale potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute. Le Regioni sono vincolate al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali, dovendosi peraltro distinguere, dopo il riordino del sistema sanitario, gli aspetti che attengono all'"autorizzazione" prevista per l'esercizio di tutte le attività sanitarie, da quelli che riguardano l'"accreditamento" delle strutture autorizzate. In particolare, con riferimento all'autorizzazione, le disposizioni contenute negli artt. 8, comma 4, e 8-ter, comma 4, del d.lgs. n. 502 del 1992, che prevedono i requisiti minimi di sicurezza e qualità per poter effettuare prestazioni sanitarie, rappresentano principi fondamentali della materia, da osservare indipendentemente dal fatto che la struttura intenda o non chiedere l'accreditamento. (Precedenti: S. 7/2021 - mass. 43554; S. 106/2020 - mass. 43001; S. 292/2012 - mass. 36791; S. 245/2010 - mass. 34816; S. 150/2010 - mass. 34611).

³⁷⁰ Sulle forme di partecipazione dei cittadini, si v. G. SMIRIGLIA, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte in Sanità*, Zadig, Milano 2008; inoltre l' art 12 della legge 229/1999 contiene questa formula: *per le finalità del presente articolo, le regioni prevedono: forme di partecipazione delle organizzazioni dei cittadini e del volontariato, impegnato nella tutela dei diritti alla salute, nelle attività relative alla programmazione, al controllo ed alla valutazione dei servizi sanitari a livello regionale, aziendale e distrettuale.*

³⁷¹ Sui modelli di erogazione del servizio sanitario, si veda I. SIMONELLI, A. GUARNIER, R. BROLIS, *Il modello di cura centrata sul paziente, sulla famiglia e sulla Comunità: lo studio e l'esperienza dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento The Patinet, family and community centred care model: the study and the experience of the healthcare Trust of the Autonomous Province of Trento*, in *Sistema salute*, 2021, vol. 65, fasc. 1, pp. 48-65.

la scelta dell'offerta dei servizi qualitativi e quantitativi messi a disposizione.³⁷²

Contrariamente, nel modello privatistico la salute è intesa al pari di qualsiasi altro oggetto che sottende alle regole del mercato³⁷³ e pertanto la sua tutela è legata dall'equilibrio tra domanda e offerta, laddove il finanziamento dei servizi proviene dalla sovvenzione di assicurazioni private. Conseguentemente, il consumatore³⁷⁴ economicamente inabile non potrà godere di alcuna forma di tutela sanitaria.

Le prestazioni sanitarie vengono fornite da strutture cliniche private ed il rapporto fra il cliente l'assicurazione è caratterizzato dalla aleatorietà tipica del contratto di assicurazione privata³⁷⁵. Un punto di forza che garantisce l'efficienza dei servizi è la concorrenza che intercorre fra le più imprese private che operano nel settore della sanità.

Come osservato, entrambi i modelli sopra esposti sono caratterizzati da punti di forza, ma anche di criticità, motivo per cui la maggior parte degli Stati in Europa adotta un modello misto pubblico privato in cui i soggetti che contribuiscono alla loro regolazione sono lo Stato, le strutture che forniscono beni e servizi per la salute ed il medico di base³⁷⁶.

Nello specifico, in Italia, dopo aver superato il precedente modello mutualistico³⁷⁷, è stato accolto a pieno il modello misto pubblico integrato finanziato integralmente dello Stato tuttavia integrato da un'offerta messa

³⁷² F. CASTELLUCCI, *La tutela della salute (nel nostro ordinamento) nella Giurisprudenza costituzionale e le principali criticità che ne mettono in pericolo l'effettività*, in *Contabilità pubblica*, 12/01/2017.

³⁷³ A. POETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, Convegno “Diritto alla salute tra unità e differenziazione: Modelli di organizzazione sanitaria a confronto”, Fondazione Cesifin Alberto Predieri Firenze, 20 novembre 2009.

³⁷⁴ F.E. CASTELLUCCI, *La tutela della salute e le criticità che ne mettono in pericolo l'effettività*, in *Altalex* 17 febbraio 2017.

³⁷⁵ G.B DE MARINIS, *La disciplina del contratto assicurazione in Italia: profili di attualità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 5 dic. 2016, p. 181 e ss.

³⁷⁶ M. SAMARANI, *Sanità pubblica: un diritto dalle logiche di preservare dalle logiche di mercato* il 25 aprile 2020 p. 56 e ss.

³⁷⁷ Il modello mutualistico o detto anche “a rimborso” è quello in cui lo Stato rimborsa le spese sostenute dagli utenti/pazienti dei servizi erogati dai vari *providers* sia pubblici che privati.

a disposizione dalle strutture private regolate attraverso lo strumento delle convenzioni.³⁷⁸

In attuazione dell'art. 32 della Costituzione e con l'obiettivo di garantire a tutti i cittadini l'accesso universale³⁷⁹ all'erogazione equa delle prestazioni sanitarie il 23 dicembre 1978 con la L. n. 883 nasce l'attuale servizio sanitario nazionale (d'ora in avanti SSN). Il SSN si sostanzia pertanto in un insieme di strutture e servizi accreditati³⁸⁰ con il SSN ai quali il cittadino può accedere gratuitamente, o tramite il pagamento del ticket. Il SSN si compone di un insieme di enti e di organi che concorrono al raggiungimento degli obiettivi e sono:

- il Ministero della Salute;
- gli enti che si distribuiscono a livello nazionale (Consiglio superiore di sanità (CSS), l'Istituto Superiore di Sanità (ISS), l'Istituto Superiore per la Prevenzione e Sicurezza del Lavoro (ISPESL), l'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali (ASSR), gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali e l'Agenzia Italiana del Farmaco);
- i servizi sanitari regionali, i quali comprendono le regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, le Aziende Sanitarie Locali e le Aziende Ospedaliere.

³⁷⁸ art. 8- quinquies comma 2 D.lgs 502 del 1992 *“la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, ((nonche' con le organizzazioni pubbliche e private accreditate per l'erogazione di cure domiciliari,)) anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale”*

³⁷⁹ L'art. 32 prevede espressamente che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”*, qualificando esplicitamente come *“fondamentale”* solo tale diritto e oggetto di specifico riconoscimento anche in ambito europeo (Cfr. art. 168 TFUE, ex art. 152 TCE, secondo cui *“Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”*) e internazionale (Cfr. art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 6 dicembre 1966, ratificato in forza della l. 25 ottobre 1977, n. 88), la *“tutela della salute”* rappresenta un settore di attività dello Stato particolarmente complesso, che vede il potere pubblico agire quale autorità di regolamentazione, di amministrazione attiva e di prestatore in via diretta di servizi pubblici.

³⁸⁰ A. SANTUARI, *Autorizzazione e accreditamento dei servizi socio-sanitari tra libertà di iniziativa economica ed esigenze programmatiche* in *Sanità pubblica e privata*, 2021, fasc. 1, pp. 71e ss. .

In un secondo momento e segnatamente, con il D.Lgs. n. 502 del 1992, è stato introdotto il sistema dell'accreditamento istituzionale il quale ha aperto le porte, nel mercato sanitario, anche di erogatori sanitari privati che agiscono per conto ed a supporto dello Stato nell'erogazione di servizi alla persona³⁸¹.

Pertanto, seppur la natura del servizio rimane nel novero delle prerogative pubbliche, la soggettività dell'ente erogatore può essere, indifferentemente, sia pubblico che privato, purché abbia ottenuto l'accreditamento all'uopo richiesto con le Regioni e con le Aziende Sanitarie Locali.

Finora si è parlato di strutture private accreditate, tuttavia merita una specificazione la natura di tale asserzione. Il processo coinvolge in egual misura tanto le strutture private quanto quelle pubbliche, e si svolge in due fasi. La prima prevede che le strutture sanitarie, sia pubbliche che private, per poter esercitare la propria attività, devono, in prima istanza, ottenere la concessione dell'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, atto con cui il Comune e la Regione verificano che la struttura abbia i requisiti strutturali (metri quadrati, sale, spazi etc.). La seconda fase, invece, consta dell'accreditamento istituzionale vero e proprio: la sentenza n. 416 del 1995 della Corte costituzionale, specifica che l'accreditamento è un'operazione svolta dalla Regione con la quale si riconosce che un soggetto o un organismo posseggano degli specifici requisiti cd. Standard di qualificazione in ottemperanza dei criteri contenuti nell'art. 8, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i.³⁸². Quindi, il riconoscimento del possesso di tali requisiti porta all'iscrizione dell'ente stesso presso un elenco all'uopo costituito.

All'ottenimento della concessione dell'accreditamento, che è idonea a creare il nesso organico e funzionale di servizio pubblico, non consegue un

³⁸¹ Opt. cit. A. SANTUARI, *Autorizzazione e accreditamento dei servizi socio-sanitar*, p. 86.

³⁸² Estratto dalla sentenza n. 416 del 1995 della Corte costituzionale “viene riconosciuto un diritto all'accreditamento delle strutture in possesso dei requisiti di cui all'art. 8 comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i., escludendo in radice una scelta ampiamente discrezionale ed ancorando l'accreditamento al possesso di requisiti prestabiliti (...), stabiliti con un atto di indirizzo e coordinamento emanato d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome”.

immediato diritto - alias dovere - del soggetto che è stato accreditato di erogare prestazioni per conto dello Stato. Difatti, ai sensi dell'art. 8-quater, comma 2, l'operatività del soggetto accreditato consegue alla stipulazione, fra tale soggetto e l'autorità competente, di un "contratto di servizio" cui spetta la puntuale regolamentazione delle caratteristiche e del volume massimo delle prestazioni" che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza"³⁸³.

Fermo restando, la scelta³⁸⁴ che rimane in capo al cittadino, di rivolgersi ad una struttura pubblica o ad una privata accreditata, la natura delle prestazioni sanitarie erogate rimane dal SSN devono essere individuate nei, già citati, Livelli Essenziali Assistenza (cd. LEA), così come definiti dal DPCM del 29 novembre 2001 e s.m.i., pertanto qualora un cittadino volesse sottoporsi ad una prestazione sanitaria che non rientri nei LEA, il costo del servizio ricadrebbe interamente sulle spalle dell'utente a prescindere dalla soggettività della struttura che lo eroga.

L'esistenza dei LEA e la loro definizione, garantisce l'accessibilità di tutti, indipendentemente dalle proprie condizioni economiche o sociali, di poter accedere alle cure sanitarie così trovando concretizzazione la parte dell'art. 32 della Costituzione che recita "*La Repubblica (...) garantisce cure gratuite agli indigenti*".

Nell'ambito della compiuta definizione degli standard di assistenza sanitaria, ora livelli essenziali di assistenza³⁸⁵, l'organizzazione del SSN è sempre più volta a compenetrare l'azione delle strutture operative a gestione diretta³⁸⁶ con i medici di medicina generale (art. 3 quinquies), ai quali resta, si ribadisce, affidata l'assistenza primaria, compresa la continuità assistenziale,

³⁸³ Art. 8-quinquies, c. 2.

³⁸⁴ S. DIAMARE, G. CINQUEGRANA, A. GLORIOSO, E. D'ANNA, *Umanizzazione del rapporto operatore sanitario-utente e miglioramento della qualità dei servizi*, in *Salute umana*, 2021, fas. 283, pp. 50 e ss.

³⁸⁵ art. 3 D.Lgs. 502/1992, modificato dal D.Lgs. 269/1999

³⁸⁶ ovvero quelle strutture che si avvalgono del personale dipendente delle ASL.

realizzata 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” (art. 3, co. 1, lett. a), D.Lgs. 502/1992). L’introduzione dei LEA, seppur ha trovato accoglienza sin dal 1978, è stato tuttavia ripreso ed approfondito dagli interventi legislativi successivi³⁸⁷. Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre 2001, entrato in vigore nel 2002 ha sancito i LEA a livello nazionale rappresentando una svolta in un contesto di competenze concorrenti tra Stato e Regioni, difatti, a seguito della riforma del titolo V, sono stati definiti dei LEA universali garantiti su tutto il territorio nazionale, con la possibilità, per ciascuna regione, di poter definire dei diversi livelli di prestazioni, solo in termini migliorativi o più inclusivi rispetto a quelli garantiti a livello nazionale³⁸⁸. Successivamente, la legge n. 311 del 2004 (art. 1, comma 169) demanda invece l’individuazione degli standard qualitativi (strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito) e quantitativi di cui ai LEA ad un decreto del ministro della salute, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze e “sentita” la Conferenza Stato regioni. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale affermando l’illegittimità della disposizione citata, nella parte in cui si preveda un semplice parere anziché un’intesa vera e propria, analogamente a quanto dettato dalla normativa generale). Ad oggi, i LEA sono organizzati in tre grandi aree:

- l’assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro: tale ambito comprende tutte le attività di prevenzione rivolte alla collettività e ai

³⁸⁷ Il decreto legislativo n. 502 del 1992 è stato aggiornato dal decreto legislativo n. 229 del 1999 e dalla legge n. 405 del 2001. Il decreto ministeriale del 12 dicembre 2001 “sistema di garanzie per il monitoraggio dell’assistenza sanitaria” rappresenta uno strumento indispensabile per verificare l’effettiva applicazione dei Livelli essenziali di assistenza. Il decreto definisce un insieme di indicatori, riferiti ai diversi livelli di assistenza, attraverso i quali, partendo da dati di base, è possibile ottenere informazioni sintetiche sull’attività svolta dalle aziende sanitarie locali, la diffusione dei servizi, le risorse impiegate, i costi, i risultati ottenuti.

³⁸⁸ Sui Livelli Essenziali di Assistenza Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. CATELANI, G. CERRINA FERRONI e M.C. GRISOLIA, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 9 e ss.

singoli (tutela degli effetti dell'inquinamento, dai rischi infortunistici negli ambienti di lavoro, sanità veterinaria, tutela degli alimenti, profilassi delle malattie infettive, vaccinazioni e programmi di diagnosi precoce, medicina legale);

- l'assistenza distrettuale: ossia le attività e i servizi sanitari e socio-sanitari diffusi capillarmente sul territorio, dalla medicina di base all'assistenza farmaceutica, dalla specialistica e diagnostica ambulatoriale alla fornitura di protesi ai disabili, dai servizi domiciliari agli anziani e ai malati, ai servizi consultoriali e delle strutture semiresidenziali e residenziali;
- l'assistenza ospedaliera in pronto soccorso, in ricovero ordinario, in *day hospital e day surgery*, in strutture per la lungodegenza e la riabilitazione etc..

Come già accennato, l'art. 8 del D.lgs 502 del 1992 dispone che le convenzioni con i medici di medicina generale devono prendere in considerazione i principi dagli accordi collettivi, detti principi sono:

- la necessità che le prestazioni da assicurare siano ricondotte ai LEA (lett. A) e che siano erogate in base a standard (lett. b-septies);
- l'organizzazione sull'arco dell'intera giornata dell'attività assistenziale, con offerta integrata tra medici di medicina generale, guardia medica e medicina dei servizi e degli specialisti ambulatoriali (lett. b-bis) e individuazione di obiettivi e programmi da parte delle Asl (lett. b-sexies);
- la previsione dell'accesso «al ruolo unico per le funzioni di medico di medicina generale del Servizio sanitario nazionale», in base a «una graduatoria unica per titoli» (lett. f);
- la previsione della «adesione obbligatoria dei medici all'assetto organizzativo e al sistema informativo definiti da ciascuna regione, al Sistema informativo nazionale, compresi gli aspetti relativi al sistema della tessera sanitaria» (lett. m-ter).

Leggendo, quanto appena esposto attraverso la lente interpretativa della riforma costituzionale del 2001, incidente sul Titolo V della parte seconda della Costituzione, è possibile apprezzare il concorso di competenze statali

e regionali nella materia della tutela della salute, riconoscendo allo Stato, in particolare, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 Cost.).

In definitiva, l'impianto normativo sopra ricordato consente di affermare che l'assistenza medico-generica è la prestazione curativa che l'utente del SSN ha diritto di ricevere in base ai Lea e, in questi termini, la ASL ha l'obbligo di erogare.

Tale è, del resto, la prospettiva verso cui, proprio in riferimento alle prestazioni assicurate dalla L. 833/1978, si è decisamente orientata la giurisprudenza costituzionale,³⁸⁹ assumendo che *“ogni persona che si trovi nelle condizioni obiettive stabilite dalla legislazione sull'erogazione dei servizi sanitari ha “pieno e incondizionato diritto a fruire delle prestazioni sanitarie erogabili, a norma di legge, come servizio pubblico a favore dei cittadini”*³⁹⁰.

La discussione, pertanto, slitta sulla possibilità, o meno, di poter ricondurre nel novero dei LEA anche il diritto a dei servizi sanitari integrati con quelli culturali. D'altronde, come già visto, il rapporto di lavoro che si instaura tra l'ASL ed il medico di base risponde alla necessità *“di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutelare la salute pubblica”*³⁹¹ pertanto è in discussione non il chi o come - perché la struttura organizzativa appare già matura per lo scopo di cui si discute - ma l'an

³⁸⁹ la geografia delle competenze Stato-regioni ha trovato una sua piena disamina nelle Sentenze nn. 72 e 91 del 2020. Le citate pronunce, esaminano molteplici questioni inerenti all'autonomia legislativa delle regioni in materia di livelli essenziali di assistenza (c.d. Lea), relativamente allo scrutinio di conformità a Costituzione in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. per cui la competenza statale non attiene a una materia in senso stretto, ma costituisce una competenza esclusiva e trasversale, idonea a investire una pluralità di materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle; (v. pure Corte cost. n. 282/2002). Invero nella sentenza n. 78/2020 la Corte evidenzia l'intreccio costituzionale che la “materia” dei LEA può avere con altri profili, come la questione dei tempi di pagamento dei creditori/fornitori.

³⁹⁰ Corte cost. 455/1990

³⁹¹ Vedi Cassazione Civile - Sez. Lavoro; Sent. n. 8457 del 13.04.2011 in senso conformativo rispetto alla Cass. SU. n. 20344/2005.

ovvero se i servizi culturali alla persona possano rientrare nel novero dei Livelli Essenziali di Assistenza.

Operando un ragionamento al contrario, tale prospettiva sarebbe percorribile nel caso in cui si riuscisse a riscontrare nel diritto “alla cultura”, nei termini e nei modi come sopra esplicitato, un Livello essenziale di assistenza.

b. Sistema socio-sanitario italiano

Appare idoneo, ai fini della presente trattazione, una breve disamina della struttura organizzativa³⁹² che caratterizza l'erogazione dei servizi socio assistenziali al fine di poter prospettare la fattibilità di un modello simile, per l'integrazione dei servizi culturali e di quelli sanitari sì da individuarne altresì potenziali limitazioni ovvero i possibili spazi di sviluppo di un sistema integrato sanitario-culturale.

Con l'entrata in vigore della legge quadro viene attivata un'innovativa politica sociale a livello nazionale, che si discosta dalla tradizionale concezione dei servizi sociali come subalterni rispetto ai servizi sanitari e che ha come obiettivo fondamentale il benessere sociale attraverso il riconoscimento del diritto alle prestazioni sulla base del principio di universalità delle stesse.

L'art. 1 c. L.8 novembre 2000 n. 328 *“La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione”* legge 8 novembre 2000 n. 328 *Viene previsto, quale fondamentale strumento di attuazione delle politiche sociali, il sistema di servizi a rete, che comporta*

³⁹² A. SANTUARI, *Autorizzazione e accreditamento dei servizi socio-sanitari tra libertà di iniziativa economica ed esigenze programmatiche* in *Sanità pubblica e privata*, 2021, fasc. 1, pp. 71-97.

*una complessa interazione tra tutti i soggetti coinvolti sia pubblici che privati*³⁹³.

Leggendo la normativa che riforma l'assistenza sociale ed i servizi alla persona³⁹⁴ in combinato disposto con la revisione del titolo V della Costituzione³⁹⁵, è possibile notare come questo intervento ha modificato il previgente quadro normativo generale in materia di interventi e servizi sociali introducendo un vero e proprio sistema di sicurezza sociale, caratterizzato dall'obbligatorietà degli interventi sulla base di un rapporto di gestione³⁹⁶ (fatte salve le limitazioni imposte dalla politica di spesa) e dal conseguente riconoscimento³⁹⁷, in capo al cittadino-utente, di un vero e proprio diritto soggettivo all'assistenza sociale³⁹⁸.

³⁹³ A. SANTUARI, *Aziende sanitarie locali e società in house: un modello giuridico legittimo di gestione dei servizi socio-sanitari*, in *Sanità pubblica e privata*, 2021, fasc. 3, pp. 11-20.

³⁹⁴ L. 328 del 2000 cd. "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

³⁹⁵ L. Cost. 3 del 2001 la quale ha disposto la modifica del Titolo V della Costituzione.

³⁹⁶ N. VETTORI, *Diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari: il rapporto tra l'amministrazione e il gestore del servizio* in *Munus*, 2021, fasc. 1, pp. 121-157.

³⁹⁷ M. D'ONGHIA, *Dall'assistenza sociale a un nuovo modello di politiche sociali. Mutamenti e sfide del sistema italiano*, in *Il tema Il welfare tra assistenza e lavoro* (a cura di Guido Canavesi), *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, Fasc. 2|2019

³⁹⁸ Articolo 38 Cost. "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria."

Le prestazioni³⁹⁹ sociali⁴⁰⁰ e socio sanitarie⁴⁰¹ e socio assistenziali⁴⁰² secondo quanto stabilito nell'art. 128 del Decreto Legge del 31/03/1998 n. 112 per "servizi sociali" devono intendersi quelle attività che afferiscono alla predisposizione ed erogazione di servizi, siano essi gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche che perseguono lo scopo di rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita.

In termini operativi, la pianificazione dei servizi sociali, avviene su più livelli di programmazione, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale, per cui attraverso la programmazione delle proprie attività, è possibile realizzare le molte forme di progettazione individuale previste ex lege per far fronte alle esigenze di specifiche situazioni (cfr. i progetti individuali che, ai sensi dell'art. 14 legge 328/2000, i Comuni, d'intesa con le ASL, predispongono su richiesta dell'interessato).

La progettazione e valutazione partecipata per i servizi sociali e socio sanitari rappresentano quindi tappe del medesimo percorso, di un processo di costruzione di significato che coinvolge parimenti attori sociali, operatori ed

³⁹⁹ Le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria sono definite dall'art. 3 c. 2 d.p.c.m. 14 febbraio 2001 "tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute". La competenza appartiene ai Comuni, che stabiliscono la misura della partecipazione di spesa dei cittadini

⁴⁰⁰ P. GRIMAUDDO, *Il sistema integrato dei servizi sociali tra livelli essenziali, ruolo delle Autonomie, principio di sussidiarietà orizzontale e logiche di costo*, in Nuove Autonomie RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO Anno XXIII - Nuova serie N. 1/2014 (gennaio-aprile)

⁴⁰¹ Per un approfondimento del tema, si Veda A. SANTUARI, *I servizi socio-sanitari: regolazione, principio di concorrenza e ruolo delle imprese sociali*, Giappichelli 2017, in cui l'autore evidenzia che i servizi sanitari e i servizi socio-assistenziali rientrano nella definizione di "servizi di interesse generale", elaborata dalla Commissione europea e riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Detta qualificazione giuridica implica, da un lato, l'assegnazione in favore degli Stati membri della competenza in ordine alle modalità di organizzazione, gestione ed erogazione dei servizi di welfare e, dall'altro, identifica nelle organizzazioni non lucrative che l'ordinamento giuridico, europeo e nazionale, i soggetti deputati all'erogazione dei servizi socio-sanitari.

⁴⁰² La definizione si riscontra nell'art. 3 c. 1 d.p.c.m. 14 febbraio 2001 "prestazioni assistenziali che, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite, contribuendo, tenuto conto delle componenti ambientali, alla partecipazione alla vita sociale e alla espressione personale". La loro definizione rientra nella competenza delle AUSL, inserite in progetti di durata medio/lunga ed erogate in regime ambulatoriale, domiciliare o nell'ambito di strutture residenziali.

utenti stessi, motivando gli operatori a livello personale e professionale, consentendo agli utenti, di essere soggetti più consapevoli, coinvolgendo attivamente le forze sociali nella produzione delle politiche sociali fino a rendere più chiaro e trasparente il rapporto fra servizi e società civile⁴⁰³.

Il sistema di programmazione in ambito sociale⁴⁰⁴ si regge sul Piano nazionale triennale degli interventi e servizi sociali⁴⁰⁵ per cui entro 120 giorni dalla sua emanazione, le Regioni, attraverso forme d'intesa con i Comuni interessati, adottano il Piano regionale degli interventi e servizi sociali provvedendo all'integrazione sociosanitaria in coerenza con gli obiettivi del piano sanitario regionale, nonché al coordinamento con le politiche dell'istruzione, della formazione professionale e del lavoro. I Comuni, anche associati negli ambiti territoriali per la gestione unitaria del sistema locale dei servizi sociali a rete determinati dalle Regioni⁴⁰⁶ definiscono, nell'ambito delle risorse disponibili e sulla base delle indicazioni del piano regionale, il Piano di zona che stabilisce gli obiettivi strategici, le priorità di intervento, gli strumenti realizzativi e le risorse da attivare⁴⁰⁷.

La pianificazione generale di settore costituisce pertanto una forma di eteroprogrammazione "partecipata"⁴⁰⁸ cui la pianificazione strategica consiste nell'esaminare la situazione presente e gli sviluppi futuri, stabilendo obiettivi e una strategia per conseguire e misurare i risultati: rappresenta un

⁴⁰³ Sul tema della progettazione partecipata, si Veda l'esperienza della Regione Piemonte raccontata in Dors (Centro regionale di documentazione per la promozione della salute *La progettazione partecipata intersettoriale e con la comunità*, a cura di Alessandro Coppo e Claudio Tortone Febbraio 2011.

⁴⁰⁴ Articoli 18 e 19 della legge quadro 328 del 2000

⁴⁰⁵ Il 1° , relativo al periodo 2001-2003, approvato con d.p.r. 03/05/2001

⁴⁰⁶ ex art. 8 legge quadro 328 del 2000

⁴⁰⁷ L'art. 4 della legge 8 novembre 2000 n. 328 prevede "*la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali si avvale di un finanziamento plurimo a cui concorrono, secondo competenze differenziate e con dotazioni finanziarie afferenti ai rispettivi bilanci*", gli enti locali, le Regioni e lo Stato sistema di finanziamento composto dal fondo nazionale per le politiche sociali (istituito dal d.lgs. 112/1998 ai sensi dell'art. 59 c. 44 della legge 27 dicembre 1997 n. 449), i fondi regionali per le politiche sociali (in Veneto istituito dall'art. 133 della legge regionale 13 aprile 2001 n. 11), nonché i bilanci comunali.

⁴⁰⁸ P. GRIMAUDO, *Il sistema integrato dei servizi sociali tra livelli essenziali, ruolo delle Autonomie, principio di sussidiarietà orizzontale e logiche di costo*, in *Nuove Autonomie* Rivista quadrimestrale di diritto pubblico, n. 1/2014.

processo regolare e continuo e si risolve all'interno delle strutture compiute, costituendo quindi una forma di autoprogrammazione⁴⁰⁹.

Nel processo di accreditamento dei privati per l'erogazione dei servizi socio sanitari, è necessario prendere in considerazione l'esistente rapporto fra programmazione sanitaria e accreditamento delle strutture⁴¹⁰.

Difatti, rispetto al modello aperto delineato dalla versione originaria del d.lgs. 502/1992, il sistema cd. chiuso – introdotto con la riforma del 1999 che si basa sullo stretto legame che intercorre tra la fase della programmazione da un lato e dell'accreditamento-contratto dall'altro – ha sostanzialmente limitato la libertà di scelta degli utenti e, in parte, anche la concorrenzialità tra operatori: la loro attività è risultata, infatti, maggiormente funzionalizzata alle esigenze pubblicistiche di contenimento della spesa.

Il sistema delineato dalla prima versione del d.lgs. 502/1992, ruotava attorno al valore della libertà di scelta degli utenti⁴¹¹ e ai principi strumentali di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private. In tale contesto, si considerava che il controllo della domanda (attivata attraverso le prescrizioni del medico di base) dovesse determinare il controllo della spesa pubblica.

Con la cd. "controriforma" del 1999⁴¹² è stato dato rilievo, invece, alla programmazione dell'offerta per assicurare controllo e contenimento della

⁴⁰⁹ Il principio della necessaria programmazione era alla base dell' art. 6, co. 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724. Tale disposizione prevedeva la necessità di adottare un piano annuale preventivo, ma lo limitava alle sole aziende ospedaliere. Tale piano preventivo annuale è stato poi esteso – dall'art. 2, c. 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 – a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati; e successivamente confermato – come, in generale, il principio della programmazione preventiva – seppur con significative modifiche, dall'art. 1, c. 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; sul tema si v. anche art. 12, comma 3, d.lgs. 502/1992 ss.mm.ii. In giurisprudenza, per tutti, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508.

⁴¹⁰ Sul tema, si Veda E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in Istituzioni del federalismo, 1, 2017

⁴¹¹ In tal senso si è espressa la Corte costituzionale con la sent. 200/2005, pt. 2, in parte ripresa dalla successiva 387/2007, nonché la sent. 94/2009, pt. 7.1. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. Stato, ad. pl., 12 aprile 2012, n. 3 e 4, cit.; sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6135 e sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237.

⁴¹² Decreto adottato sulla base della legge delega 30 novembre 1998, n. 419. Si tratta di interventi già peraltro anticipati negli anni precedenti: si fa riferimento, in particolare, all'art.

spesa, sacrificando in parte la libertà di scelta dell'utente, riconosciuta solo entro gli ambiti delle prestazioni oggetto di programmazione.

Dopo la "riforma della riforma" operata dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 2298, la sequenza "autorizzazione-accreditamento-accordo/contratto" di cui agli artt. 8-bis ss. del d.lgs. 502/1992 ss.mm.ii. regola l'erogazione, per conto del servizio sanitario pubblico, di prestazioni sanitarie di assistenza specialistica e ospedaliera e di prestazioni socio-sanitarie. D'altra parte è sufficiente la sola autorizzazione per chi vuole erogare prestazioni al di fuori del servizio pubblico; per l'assistenza medico-generica, pediatrica e farmaceutica, invece, l'art. 8 prevede la stipula di convenzioni tra le ASL e soggetti terzi che vengono così legittimati ad operare per conto del SSN. Tuttavia, la previsione dell'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 considera due distinte autorizzazioni (rispettivamente per la realizzazione o l'ampliamento delle strutture e per l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie) che devono essere ottenute, come anticipato, da chiunque voglia erogare prestazioni sanitarie e socio-sanitarie⁴¹³. L'art. 8-quater disciplina l'istituto dell'accREDITAMENTO, il cui ottenimento – necessario ma non sufficiente per poter erogare prestazioni per conto del servizio pubblico – è subordinato a requisiti tecnici ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione, nonché alla funzionalità della struttura richiedente «agli indirizzi di programmazione regionale» e alla «verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti». L'accREDITAMENTO sanitario e socio-sanitario è pertanto strettamente connesso alle scelte programmatiche, quale istituto che governa la funzione di contingentamento e di selezione all'ingresso nel SSN.

Detto in altre parole, il processo di accREDITAMENTO di una struttura privata presso il SSN, indipendentemente dall'ottenimento dei necessari requisiti tecnici, è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione regionale la quale

1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; all'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e al d.P.R. 14 gennaio 1997 (cd. linee guida sull'accREDITAMENTO)

⁴¹³ Per un quadro completo di tali interventi cfr., per tutti, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 58 ss.; cfr. anche F. MAINO, *La regolamentazione dell'accesso al Servizio sanitario nazionale: autorizzazione, accREDITAMENTO e accordi contrattuali*, in questa Rivista, 2000, p. 905 s

valuta la compatibilità di detto ente con gli obiettivi della programmazione in termini di valutazione della rispondenza e adeguatezza.

Nell'ambito della scelta discrezionale delle Amministrazioni, occorre precisare la tendenza, che ha trovato puntuale riscontro nella giurisprudenza di settore⁴¹⁴, di preferire il consolidamento di enti pubblici piuttosto che l'attribuzione dei servizi in capo a strutture private. Tale scelta sembra motivata da una volontà politica che ha l'obiettivo di preferire il consolidamento del principio di efficienza, valutato in termini di valutazione fra costi e benefici, rispetto alla riduzione della spesa sanitaria.

Pertanto, sebbene vi siano dei margini di maggior inserimento da parte dei privati, specialmente nell'erogazione di servizi integrati, non bisogna ignorare il rapporto con gli enti pubblici, ed in particolare la mancanza di totale parità in termini di concorrenza.

Tale precisazione fa emergere, in realtà, un sistema non votato alla pariordinazione tra pubblici e privati, disegnando un'organizzazione tutt'altro che simmetrica. Difatti, se per le strutture private pare naturale prefissato un limite per le prestazioni erogabili, dato che queste non hanno né titolo né obbligo di rendere prestazioni agli assistiti oltre il tetto preventivato, per le strutture pubbliche non sembra neppure ipotizzabile l'interruzione del servizio in ragione del raggiungimento di un limite eteronomamente fissato. In altri termini, le prestazioni che gli erogatori privati, dopo il 2008⁴¹⁵, anche quelli pubblici non necessitati, possono e devono erogare a carico del sistema pubblico solo quelle individuate nel

⁴¹⁴ Fra le tante, si v., sul punto, Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 566; 12 dicembre 2014, n. 6135; 3 luglio 2013, n. 3572; 11 febbraio 2013, n. 771; 13 settembre 2012, n. 4880 e 1° febbraio 2012, n. 518. E' stata ritenuta legittima la scelta dell'amministrazione regionale di traslare alle strutture pubbliche una parte delle prestazioni prima assegnate alle strutture private, al fine di far aumentare la loro efficienza.

⁴¹⁵ La legge 133/2008, quanto al profilo soggettivo, ha ristretto il regime di non invalicabilità dei tetti di spesa alle sole aziende ospedaliere e ai presidi delle unità sanitarie locali, così ponendo tutti i restanti erogatori pubblici sullo stesso livello dei soggetti privati accreditati. Quanto al profilo oggettivo, dovrebbe aver sancito l'assoluta inderogabilità di tali tetti di spesa, prima superabili con apposito titolo legittimante; di guisa che un'eventuale variazione del volume delle prestazioni contrattualmente determinato può avvenire solo a "budget invariato"

contratto/accordo, mentre per le strutture pubbliche tale determinazione non risulta invalicabile.

Il fondamento del mancato vincolo, risiede la previsione costituzionale dell'art. 32 per cui a ciascun individuo devono essere garantite le prestazioni sanitarie necessarie per la tutela del diritto alla salute (i cd. LEA sanitari). Infatti, essendo sia la programmazione sanitaria sia la conseguente individuazione dei tetti di spesa basati su mere previsioni, al fine di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni è di per sé necessaria, e persino doverosa, la possibilità di un loro adeguamento. Sulle modalità di attuazione, è indubbio il ruolo primario delle strutture pubbliche e, in particolare, delle aziende ospedaliere e dei presidi ASL. Queste ultime assumono il ruolo di dover assicurare che il metodo della programmazione assunto, non risulti in contrasto con l'art. 32 della Costituzione.

Con l'evolversi della normativa di settore, e segnatamente con l'emanazione della Legge quadro n. 328 dell'8 novembre 2000 sono state messe le basi per la realizzazione di un sistema integrato di servizi ed interventi socio-assistenziali ed è stato introdotto il riconoscimento di un ruolo attivo dei soggetti privati, in particolare del privato sociale⁴¹⁶, il cosiddetto terzo settore⁴¹⁷. Il loro ruolo ha trovato pieno riconoscimento non solo nella gestione dei servizi stessi, ma anche nella programmazione e realizzazione degli interventi. Tali presupposti, hanno permesso lo sviluppo del cd. Modello sociale, ovvero di una struttura economica ed organizzativa che, pur mantenendo la capacità di attivare meccanismi di solidarietà⁴¹⁸ e di

⁴¹⁶ M. LICCI, *Affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza: tra linee guida ministeriali e giurisprudenziali*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2021, fasc. 3, pp. 81-88.

⁴¹⁷ C. BOTTARI (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3 ss., in part. p. 7.

⁴¹⁸ E. COMO, F. BATTISTONI, *Economia collaborativa e innovazione nelle imprese cooperative: opportunità emergenti e sfide per il futuro*, Saggio breve pubblicato su *Impresa Sociale* n. 5/2015 in cui l'autore e mette in luce le aspirazioni e le potenzialità dell'economia collaborativa per le imprese cooperative, discutendo come queste possono fare uso di tale modello o mutarne parzialmente alcuni elementi, adattandoli attentamente alle proprie finalità ed identità.

reciprocità, affinché possa essere in grado di agire anche su un mercato non protetto.

All'interno del variegato mondo del no profit, le cooperative sociali hanno per prime sviluppato e sperimentato questo modello organizzativo, mettendo in atto, senza non poche difficoltà, percorsi e strumenti che tendessero ad un equilibrio tra la dimensione imprenditoriale e quella dell'impegno sociale⁴¹⁹. Nell'ambito delle istituzioni no profit, questo tipo di attività è erogato principalmente da associazioni non riconosciute, seguito da quelle riconosciute e, infine, dalle cooperative sociali.

I servizi sociali e socio-assistenziali forniscono una risposta ai nuovi bisogni emergenti, dimostrando l'attitudine a stimolare e creare interventi fortemente innovativi, che sia in grado superare lo spazio d'azione garantito dalla L. 328/00.

Alla luce della disamina appena affrontata, è possibile osservare, quindi, quanto sia necessario che strutture che erogano i servizi sanitari ovvero quelli socio assistenziali rispettino un certo standard qualitativo e professionale, si pensi alla necessità di provvedere dati utili per la programmazione condivisa dei servizi. Ripercorrendo l'evoluzione dei modelli organizzativi adottati all'interno di tali strutture, questa tendenza qualitativa sembra, infatti, aver prevalso. I fattori esterni all'organizzazione che influiscono sull'adeguamento del mercato sono rappresentati dai vincoli posti dalle gare d'appalto per la gestione di servizi pubblici di assistenza, "l'affollamento" del mercato di riferimento nonché l'introduzione di sistemi di accreditamento e di certificazione della qualità. Tutti questi elementi hanno quindi influenzato l'organizzazione delle cooperative sociali⁴²⁰ affinché si arrivasse alla definizione di un modello organizzativo strutturato,

⁴¹⁹ Le istituzioni no profit che si occupano soprattutto di assistenza sociale costituiscono a livello nazionale meno del 10% del totale. Quasi la metà delle organizzazioni no profit che operano in questo settore si è costituita dopo il 1980 e poco più del 50% dopo il 1990. La loro distribuzione sul territorio nazionale è maggiore al Nord (circa il 54%), seguita dal Mezzogiorno con il 27,5% e quindi dal Centro con il 18,6%.

⁴²⁰ A. CONCAS, *Le società cooperative: disciplina normativa e caratteri*, in Diritto.it, 1 ottobre 2012.

piuttosto standardizzato. Gli standard relativi alle qualifiche del personale⁴²¹ da impiegare nei diversi servizi vengono identificati, nella quasi totalità dei casi, dagli enti pubblici appaltanti in fase di capitolato d'appalto e dalle norme per l'autorizzazione al funzionamento e per l'accreditamento. Anche la denominazione delle figure può variare da regione a regione. Un esempio significativo è quello dell'Operatore socio sanitario, presente in molti servizi residenziali, che si può chiamare: Operatore socio-assistenziale in Toscana, Lazio, Abruzzo, Provincia di Trento e Provincia di Bolzano, Assistente Domiciliare e dei Servizi Tutelari in Piemonte, Valle d'Aosta, Liguria e Friuli Venezia Giulia, Ausiliario Socio Assistenziale in Lombardia, Addetto all'Assistenza di Base in Emilia Romagna e Operatore Addetto all'Assistenza in Veneto. Accanto all'offerta delle imprese no profit, assumono crescente importanza nel mercato dei servizi socio-assistenziali le proposte messe a disposizione da aziende private "profit". In questo ambito la tipologia di servizi più rappresentativa è senz'altro la residenzialità per anziani. Non mancano, però, esempi di società private che operano nell'ambito dell'assistenza domiciliare e in generale dei servizi definiti di "home care", ovvero interventi socio-sanitari erogati presso il domicilio di persone non autosufficienti⁴²².

⁴²¹ Opt. cit. C. D'Ares Qualità p. 69.

⁴²² Un lavoro che mette in evidenza gli aspetti innovativi della home care e la necessità di raccolta di dati più precisi sulle reali necessità della popolazione, ai fini di una più corretta programmazione dei servizi, è quello proposto da C.CORTUCCI, M. CINGOLANI, R. SCENDONI, P. FEDELI, *Home care premium: un modello innovativo del sistema italiano di welfare*, in Rivista italiana di medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario) fasc. 3, 1 giugno 2020 p. 1409 e ss.

III.3. Il regime di concorrenza

Uno degli aspetti maggiormente connessi con la determinazione della competenza sui servizi pubblici ⁴²³ è l'intervenuto rapporto con la concorrenza che si è instaurato, a seguito delle pressioni comunitarie⁴²⁴. La "questione" della concorrenza di cui si accennerà solo brevemente nel presente lavoro, ci fornisce la base strutturale per meglio comprendere come questa abbia influenzato la collocazione dei servizi nel tema della competenza e di come tale principio, di origine comunitario, abbia trovato accoglimento nella Costituzione italiana.

La ricostruzione normativa, trova le proprie origini con un atto di messa in mora nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 226 trattato CE⁴²⁵, un'opportunità che ha permesso di mettere in relazione il principio della concorrenza con i servizi pubblici laddove tale rapporto non era stato ancora pienamente recepito dal nostro legislatore⁴²⁶.

⁴²³ L'art. 107, par. 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che gli aiuti di Stato - intendendosi con questa accezione gli interventi pubblici a favore delle imprese che possono avere l'effetto di falsare la concorrenza e gli scambi tra Stati membri - sono incompatibili con il mercato interno e dunque, in principio, vietati.

⁴²⁴ La nota distinzione dei servizi pubblici locali tra "*servizi di rilevanza economica*" e "*privi di rilevanza economica*" è in realtà contenuta nel Libro verde sui servizi di interesse generale e poi ripresa nel TUEL - Testo Unico degli Enti Locali (artt. 113 e 113-bis). L'attribuzione all'una o all'altra area di una attività mostra un carattere dinamico ed è connessa all'evoluzione culturale, economica e tecnologica. Il dato emergente è che in epoca recente numerose attività hanno assunto rilevanza economica. Seguendo il punto di vista comunitario questo significa che i servizi di interesse economico generale (secondo la nozione usata nel Trattato CE) possono comprendere, oltre quelli forniti dalle industrie di rete, una gamma di attività non definibile una volta per tutte alle quali si applicano i principi che regolano il mercato interno tra cui quello della concorrenza.

⁴²⁵ Con l'atto 8 novembre 2000 (sg. (2000)D/108243) in www.dirittodeiservizipubblici.it, la Commissione ha affermato che l'art. 22 L. 142/1990 risultava in contrasto con gli obblighi comunitari. In particolare, a parere della Commissione, la possibilità per gli enti locali di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi ovvero di concessioni di servizio a soggetti terzi (così considerabili in base alle linee individuate dalla sentenza Teckal) costituiva rispettivamente una violazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE ovvero degli artt. 49 e seguenti del trattato CEE.

⁴²⁶ La disciplina sui servizi pubblici locali, all'epoca era disciplinata dall'art. 22 e ss. della legge 142/1990

Ebbene, nei servizi pubblici locali, più che in altri settori, è possibile riscontrare l'incidenza nel nostro sistema condotta dall'attuazione dei principi del libero mercato⁴²⁷.

La lettura combinata degli interventi comunitari da un lato⁴²⁸, e la riforma del titolo V della Costituzione dall'altro, sembra accogliere, a livello costituzionale, i valori della concorrenza⁴²⁹.

Il primo cambiamento che ha avuto luogo, con il riconoscimento della prevalenza delle regole sulla concorrenza, è stata la libertà di accesso delle imprese al settore dei servizi pubblici. Come si è già avuto modo di affrontare, tale cambiamento ha implicato il passaggio dallo strumento concessorio, fondato sulla discrezionalità dello Stato nell'affidamento del servizio, a quello dell'autorizzazione, in base al quale, all'opposto, l'amministrazione non ha il potere discrezionale di decidere se permettere o meno l'accesso al settore dei servizi pubblici ma deve, invece, limitarsi a verificare la presenza dei requisiti del richiedente (con conseguente limitazione o eliminazione dei monopoli legali).

⁴²⁷ Sulla questione dei rapporti fra servizio pubblico locale e ordinamento comunitario, per un'utile periodizzazione, cfr. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 140 ss.

⁴²⁸ Il regime comunitario si applica nel caso in cui eventuali pratiche distorsive della concorrenza pregiudichino gli scambi tra gli Stati membri, e mira a garantire alle imprese la possibilità di competere a parità di condizioni su tutto il territorio comunitario, sanzionando le intese e le pratiche anticoncorrenziali attuate da imprenditori o autorità nazionali, impedendo alle imprese di sfruttare la propria posizione di forza sul mercato a discapito di altre imprese e vietando interventi statali lesivi della concorrenza

⁴²⁹ Sul tema si vedano i contributi di A. JANNELLI, *Mercato e concorrenza tra cultura giuridica e cultura economica*, *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, 2012,; E. GRAZIANI, *Il mercato tra diritto economia e politica*, Torino 2005; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1956; G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, 26° vol., Milano 1976, ad vocem.; R. FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, «*Giurisprudenza commerciale*», 1979, 1, pp. 501 e segg; C. MOTTI, *Il mercato come organizzazione*, «*Banca impresa società*», 1991, 3, pp. 455 e segg; A. PACE, *Libertà 'del' mercato e 'nel' mercato*, «*Politica del diritto*», 1993, pp. 327 e segg; G. BOGNETTI, *Costituzione economica italiana*, Milano 1995; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 1995; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998; B. LIBONATI, *Ordine economico e legge economica del mercato*, in *Scritti in onore di A. PAVONE LA ROSA*, 1° vol., t. 2, Milano 1999, pp. 633 e segg; V. AMENDOLA, P.L. PARCU, *L'antitrust italiano Le sfide della tutela della concorrenza*, Torino 2003; L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di 'transaction' di commons* (2003), <http://www.cleis.unisi.it/site/files/SIMPLE%201.pdf> (24/09/2012); A. JANNELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, 3° vol., *L'attività e il contratto*, Padova 2003, pp. 27 e segg.

Come si è già avuto modo di affrontare in precedenza, il fenomeno delle liberalizzazioni, su spinta comunitaria, ha avuto, sul regime dei servizi pubblici una funzione regolatrice dei pubblici poteri. E' stato infatti evidenziato come i pubblici poteri, siano *“sempre meno depositari unici o privilegiati dell'erogazione dei servizi, e sempre più orientati alla dismissione delle partecipazioni azionarie nelle imprese di pubblica utilità, svolgono un ruolo determinante non più come produttori di prestazioni ma piuttosto come garanti e regolatori delle dinamiche dell'accesso e dello svolgimento dei servizi pubblici”*⁴³⁰.

Occorre tuttavia puntualizzare, brevemente che l'impatto della concorrenza, non ha colpito alla stessa maniera il settore dei servizi pubblici nazionali rispetto a quello dei servizi locali⁴³¹.

Difatti, se nei servizi nazionali, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione sono irreversibili⁴³², nell'ambito dei servizi pubblici locali, l'affermazione di una normativa realmente pro concorrenziale ha incontrato numerose difficoltà e si trovava, sono ad oggi, in una situazione di stallo determinata dall'incapacità, per il legislatore, di realizzare una normativa che sancisca la definitiva apertura al mercato dei servizi pubblici locali.

Come si è già avuto modo di accennare, la prima evidente novità introdotta dalla normativa comunitaria⁴³³, è stata quella di eliminare la distinzione basata sulla rilevanza industriale e distinguere i servizi in relazione alla loro

⁴³⁰ L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione in Cammino*, 2010 cit. p. 2; sul punto anche S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004, pag. 90.

⁴³¹ Sulle caratteristiche *"in trasformazione"* del servizio pubblico nazionale nonché e per un suo inquadramento costituzionale e - specialmente - per le differenze fra questo e il servizio pubblico locale, cfr. G. DI GASPARE, op. ult. cit., pp. 6 ss.

⁴³² Sul punto si veda la completa ricostruzione del fenomeno operata da G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 76, il quale dopo aver scandagliato i limiti e le ambiguità del processo di liberalizzazione e privatizzazione del settore dei servizi nazionali, riconoscendo la necessità per il legislatore di superarli e risolverli, conclude nel senso che essi non bastano a mettere in dubbio il reale cambiamento operato e la necessità di *“prendere sul serio le privatizzazioni”*.

⁴³³ Il regolamento attuativo previsto dal comma 16 dell'art. 35 non fu, tuttavia, emanato in quanto le disposizioni dell'art. 35 (e degli artt. 113 e 113 bis che da esso erano stati incisi) vennero nuovamente modificate ad opera dell'art.14 del decreto legge n. 269 del 2003, convertito con modificazioni nella legge 326 del 2003, e successivamente dall'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350.

rilevanza economica. L'aspetto più importante, degno di menzione, è quello per cui detti interventi, invece di realizzare definitivamente un sistema pro concorrenziale⁴³⁴ dei servizi pubblici locali, ha nuovamente permesso, agli enti locali di rivestire funzioni gestorie⁴³⁵.

In base alla previsione⁴³⁶ del comma 5, infatti, gli enti locali accanto alle opzioni di cui alle lettere a) e b), che prevedono modelli competitivi, possono utilizzare anche lo strumento dell'affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale, esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Pertanto, al fine di salvaguardare il sistema da nuove censure da parte delle istituzioni comunitarie, gli Stati hanno accolto solo le ipotesi di affidamento diretto ammesse, in base alle direttive fornite con la sentenza Teckal⁴³⁷.

Quindi per scongiurare la censurabilità delle nuove disposizioni gli Stati

⁴³⁴ Opt. cit. L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici*

⁴³⁵ M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in Gior. Dir.amm., 2004; parimenti critico S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004 segnala il pericolo "di travolgere tutta l'elaborazione giurisprudenziale che, sulla base di un faticoso percorso evolutivo, ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli ed ha subordinato la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rigoroso rispetto di principi, quali quelli di proporzionalità e residualità, che si pongono quali strumenti per la tutela di valori e libertà cardine dell'unione europea"; G. NAPOLITANO (Regole e mercato nei servizi pubblici, cit. p. 81: "*tali disposizioni segnano un vero e proprio ritorno al passato, di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario, perché traspongono le conclusioni giurisprudenziali raggiunte in materia di appalti al settore dei servizi. Né costituisce un idoneo temperamento la previsione, peraltro rinviata alle normative di settore, di criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio*".

⁴³⁶ 4 Il quale dispone: "*L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.*"

⁴³⁷ la sentenza ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

hanno percorso la strada della chiusura anziché dell'apertura al mercato⁴³⁸. Degna di menzione, appare la vicenda affrontata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella nota sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/9816, la quale ha chiarito che l'applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici richiede che l'amministrazione aggiudicatrice stipuli il contratto a titolo oneroso con una persona distinta da essa sul piano formale ed autonoma sotto il profilo decisionale⁴³⁹.

Con riferimento alla competenza in materia di concorrenza, si deve tuttavia richiamare l'art. 117 comma 2 lett. e) della Costituzione per cui il tema della concorrenza rientra nella competenza esclusiva del legislatore statale.

Poiché è stato chiarito da taluni⁴⁴⁰ il *discrimen* che sussiste fra la tutela della concorrenza, e la sua promozione, riconducendo la prima alla competenza statale e la seconda alle regioni e agli enti locali, occorre precisare che il valore che assume la promozione e la conservazione della concorrenza assurge il rilievo di fine pubblico⁴⁴¹.

⁴³⁸ G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it, 12, 2003, che, nel considerare la plausibilità della nuova disciplina, giunge ad una conclusione "che ha il sapore del paradosso". Secondo cui: "la nuova disciplina rispetto alla precedente, stabilita dall'art. 35 della l. 448/2001 (nonostante risulti per più aspetti di chiusura al mercato si espone di meno a contestazioni di incoerenza con il quadro dell'Unione europea) offre il fianco a minori rilievi sotto il profilo della compatibilità con la normativa comunitaria".

⁴³⁹ Per un esame globale dell'influenza del diritto dell'Unione sull'attività imprenditoriale pubblica, e delle cause – privatizzazioni, progressiva perdita del potere decisionale in materia di politica economica a livello nazionale, desolata situazione delle finanze pubbliche, si veda P.M. HUBER, *L'attività imprenditoriale pubblica. Una figura di diritto amministrativo di fronte a nuove valutazioni*, in G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, p. 73 ss.

⁴⁴⁰ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto Pubblico*, 2002 p. 3. La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato), il quale specifica che: "La concorrenza è un fatto o una relazione. Ma ciò che l'art. 117, comma 2, riserva alla potestà legislativa dello Stato non è la concorrenza, ma la tutela della concorrenza. Non si tratta di un mero fatto: ma, se vogliamo, una situazione di fatto da conservare se c'è, o una situazione di fatto da promuovere o instaurare (quando non c'è). E' un valore che viene protetto non un fatto: come accade ogni qual volta il diritto assume una certa situazione di fatto come un bene da tutelare" ... "Ciò comporta che la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale (...) ma anche della potestà legislativa statale: nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza"

⁴⁴¹ La principale legge nazionale in materia di tutela della concorrenza e del mercato è la 287 del 1990. Questa legge tutela la concorrenza nel mercato esclusivamente nazionale e reprime condotte anticoncorrenziali che abbiano esclusivo rilievo nazionale. Sin dall'articolo 1, la legge effettua un richiamo proprio all'art. 41 Cost., ponendosi infatti come attuazione dello stesso e disponendo che essa è volta a tutela del diritto di iniziativa economica. Al fine di

In tale ottica, al legislatore statale viene demandato dalla Costituzione il compito di predisporre tutta la struttura normativa necessaria per consentire alle regioni di garantire il suo perseguimento. Inoltre, la previsione costituzionale della concorrenza come fine pubblico da tutelare comporta una scelta di principio che rende illegittime determinate restrizioni dai pubblici poteri o conseguenti alla legge statale o regionale⁴⁴². Leggendo in combinato disposto la disciplina dettata dall'art. 118 della Cost. comma 4, per cui gli enti di cui è costituita la Repubblica favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà, con il divieto di svolgimento dell'iniziativa privata in contrasto con l'utilità sociale sancito dal comma 2 dell'art. 41, è possibile fornire una lettura per cui seppur il quarto comma dell'art. 118 presuppone la garanzia della concorrenza, i pubblici poteri devono esercitare un certo *favor* rispetto allo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini⁴⁴³. Pertanto, se da un lato la concorrenza è uno strumento per garantire un miglior livello quantitativo e qualitativo dei servizi pubblici locali nell'interesse degli utenti finali⁴⁴⁴, gli enti locali hanno il compito di armonizzare le disposizioni costituzionali con quanto costituzionalmente previsto in tema di libertà di iniziativa economica e suo indirizzo a fini sociali a garanzia dei livelli essenziali⁴⁴⁵.

realizzare una tutela della concorrenza e del mercato, tale legge si applica: alle intese; agli abusi di posizione dominante; alle concentrazioni di imprese.

⁴⁴² tali restrizioni, si aggiungono alle restrizioni della concorrenza operate dalle imprese come già avveniva precedentemente sulla base delle norme legislative ordinarie antitrust.

⁴⁴³ I servizi di interesse generale sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE classificano come di interesse generale e che pertanto sono soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio. Essi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Esempi di servizi di interesse generale comprendono: i trasporti pubblici, i servizi postali e l'assistenza sanitaria. Nel 2011 l'UE ha adottato il quadro della qualità per i servizi di interesse generale (SIG) nell'Unione europea.

⁴⁴⁴ C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, p. 16. Nello stesso senso, E. FERRARI, *Imprese pubbliche comunitarie e State trading enterprises*, in G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, p. 59, secondo cui le singole forme giuridiche che sono state di volta in volta adottate rispondono alle esigenze ed alle concezioni di volta in volta prevalenti e non si inquadrano in un disegno organico, complessivo e coerente.

⁴⁴⁵ La Corte di Giustizia europea sul caso Leipzig-Halle, la Commissione UE ha segnalato la possibile presenza di aiuti di Stato nei progetti infrastrutturali ed ha dedicato una "Griglia Analitica" alle infrastrutture culturali cofinanziate dai Fondi strutturali, richiamando i criteri

La lettura appena fornita appare coerente anche alla luce delle deroghe, previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 107 del TFUE, al divieto a carattere generale degli aiuti di stato. L'attenuazione proviene, nello specifico da alcune situazioni al verificarsi delle quali l'aiuto di Stato è compatibile ed alcuni principi in base ai quali la Commissione - - unico soggetto abilitato a farlo - - può dichiarare la compatibilità del sostegno pubblico alle attività economiche⁴⁴⁶. Sulla base di tali principi, sono state elaborate regole che definiscono le condizioni nel cui rispetto un aiuto di Stato è o può essere considerato compatibile.

Con il regolamento di esenzione n. 651/2014 la Commissione ha voluto disciplinare il finanziamento pubblico delle infrastrutture e delle attività culturali⁴⁴⁷. Posto che il ruolo della cultura si presta quale *"veicolo di identità, valori e contenuti che rispecchiano e modellano le società dell'Unione"* e che talune attività del settore *"possono essere organizzate in modo non commerciale"*, il documento riconosce, più in generale, che *"il finanziamento pubblico di attività legate alla cultura e alla conservazione del patrimonio accessibili al pubblico gratuitamente risponda a un interesse esclusivamente sociale e culturale che non riveste carattere economico" ed*

idonei a stabilire quando l'intervento pubblico in questo settore costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE.

⁴⁴⁶ Se fino a quindici anni fa la valutazione di compatibilità di un aiuto veniva effettuata caso per caso, a seguito della notifica dello Stato membro interessato, negli anni più recenti la Commissione ha adottato una serie di regolamenti che dichiarano la compatibilità di numerose categorie di aiuti, esentando le amministrazioni nazionali dall'obbligo di notifica preventiva; regolamenti che oggi coprono la stragrande maggioranza delle situazioni che possono configurare un aiuto di Stato.

⁴⁴⁷ Tre sono le fonti normative cd. secondarie che individuano i criteri di base da applicare e le caratteristiche essenziali delle varie attività di spettacolo che possono essere considerate al di fuori della categoria degli aiuti di Stato, dei suoi limiti e delle sue condizioni di applicabilità: 1) Il Regolamento (UE) dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; L'articolo 53 del Regolamento n. 651/2014 disciplina gli aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio prendendo, tra l'altro, in considerazione il finanziamento pubblico delle seguenti attività culturali. 2) Nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato (2016/C 262/01), al punto 2.6, la Commissione indica i criteri per stabilire se un'attività nel settore culturale costituisca attività economica. In particolare essa ritiene che *"alla luce del loro carattere specifico, talune attività concernenti la cultura ... possono essere organizzate in modo non commerciale e, quindi, possono non presentare un carattere economico"*. 3) Le linee guida per il finanziamento delle attività dello spettacolo dal vivo nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti di stato. Queste linee guida sono state redatte da un gruppo di lavoro promosso dalla Conferenza delle Regioni e Province Autonome e composto tra la Direzione generale spettacolo e i coordinamenti tecnici in materia di aiuti di Stato e beni e attività culturali.

*aggiunge che "il fatto che i visitatori di un'istituzione culturale o i partecipanti a un'attività culturale o di conservazione del patrimonio [...] accessibile al pubblico siano tenuti a versare un contributo in denaro che copra solo una frazione del costo effettivo non modifica il carattere non economico di tale attività, in quanto tale contributo non può essere considerato un'autentica remunerazione del servizio prestato"*⁴⁴⁸.

Sul piano dei servizi sociali, la sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale, ha fornito il proprio contributo per la costruzione di un nuovo rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore disegnando una direzione di maggiore partecipazione di questi e della società civile con la rivoluzione della co-progettazione⁴⁴⁹. La consulta sottolinea il contributo decisivo in termini di informazioni, capacità organizzativa e intervento che giustifica il coinvolgimento del Terzo settore al momento della progettazione delle iniziative sociali e non solo in qualità di partecipanti e potenziali vincitori di gare d'appalto. La co-progettazione dunque aumenta il contributo di intelligenza collettiva per la definizione delle politiche pubbliche. In data 31/3/2021, è stato pubblicato, sulla stessa linea, il decreto del ministero del Lavoro sulle linee guida del rapporto tra pubblica amministrazione ed enti di Terzo settore per i quali si chiede alle pubbliche Amministrazioni *"coinvolgimento attivo di tali enti nelle funzioni di programmazione ed organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale"*⁴⁵⁰.

Questo intervento sembra inserirsi in una tendenza più ampia che vede coinvolto il diritto euro-unitario al fine di *"smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà"*, riconoscendo *"in capo*

⁴⁴⁸ Nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato (2016/C 262/01), al punto 2.6.

⁴⁴⁹ Nella sentenza, in particolare, la Corte Costituzionale valorizza gli elementi identitari degli ETS (Enti terzo settore) dicendo sostanzialmente che solo i soggetti che si qualificano come ETS sono legittimati a partecipare alle attività di co-progettazione e co-programmazione di cui all'art. 55 CTS, in quanto solo ad essi (ed in ragione dei loro caratteri specifici) è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale. Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del mercato e del profitto.

⁴⁵⁰ Decreto Legislativo 117/2017 art. 55

agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscono, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)⁴⁵¹.

Tuttavia, la tendenza appena descritta, sembra essere stata messa in discussione dagli interventi normativi più recenti.

La bozza del DDL Concorrenza, promossa dal Governo Draghi, nel novero degli interventi per il raggiungimento degli obiettivi del PNRR ha infatti sollevato polemiche su tutti i fronti⁴⁵², in particolare, un aspetto che coinvolge la presente analisi è quella che fa propendere il settore sociale e culturale verso una maggiore “privatizzazione”. Tale evenienza si evince da due elementi: Il primo deriva dalla constatazione di come l’intero testo del disegno di legge non operi alcuna distinzione fra i servizi in oggetto, mentre, quando intende riferirsi specificamente ai servizi “a rilevanza economica” - lett. d) dell’art. 6, comma 2, li nomina espressamente, rendendo così evidente l’inclusione dei servizi sociali e culturali in tutte le altre disposizioni. Il secondo elemento è un riferimento diretto, dettato dalla lett. o) dell’art. 6, comma 2, laddove si legge che la delega da assegnare al Governo deve prevedere la *“razionalizzazione del rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali e la disciplina per l’affidamento dei rapporti negoziali di partenariato regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117, in conformità agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale”*⁴⁵³.

⁴⁵¹ A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali* in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 2015. Sul tema si veda anche R. FINOCCHI GHERSI, *La nuova disciplina dei servizi sociali*, Milano, Ipsoa, 2001; Servizi di assistenza e sussidiarietà, a cura di A. ALBANESE e C. MARZUOLI, Bologna, il Mulino, 2003; Il sistema integrato dei servizi sociali, a cura di E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONIE G. PASTORI, Milano, Giuffrè, 2003; K. LEICHSENRING e A. A LASZEWSKI, *Providing Integrated Health and social Care in Europe. An Overview of Issues at Stake*, Aldershot, Ashgate, 2004; D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁴⁵² FOTINA, *Pnrr, il Ddl concorrenza arranca frenata sui servizi pubblici locali*, il sole 24 ore, 5 maggio 2022.

⁴⁵³ il cd. DDL Concorrenza il Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell’articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99), art. 6.

Seppur già l'art. 56 del Codice del Terzo Settore prescrive agli enti locali che intendano sottoscrivere convenzioni con associazioni di volontariato e/o di promozione sociale di "motivare" la maggior convenienza dello strumento convenzionale rispetto al ricorso al mercato⁴⁵⁴; con il Ddl Concorrenza si dà un'ulteriore spinta verso una gestione dei servizi sociali e culturali direttamente affidata al mercato attraverso i cosiddetti bandi di gara, rendendo evidente l'intento discriminatorio verso l'autonomia di scelta degli enti locali nel campo delle politiche sociali e culturali.

Le critiche mosse da taluni⁴⁵⁵, in particolare si basano sulla rivendicazione del ruolo degli Enti pubblici nella detenzione della competenza dei servizi locali, in quanto costituzionalmente (l'articolo 5 della Costituzione⁴⁵⁶ che trova sviluppo nel Testo unico delle leggi sugli ordinamenti locali D. lgs. n. 267 del 2000⁴⁵⁷), deputati a svolgere "tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale", in particolare nei "servizi alla persona e alla comunità", nell'"assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico" (art. 13 TU).

⁴⁵⁴ Il disegno di legge ha mosso polemiche da parte di sindacati e partiti politici. Sul tema: A. ALGOSTINO, *Il Ddl concorrenza e la sorte dei servizi pubblici locali. Due visioni del mondo si scontrano*, Rivista on line 18 Febbraio 2022

⁴⁵⁵ A. ALGOSTINO, *Il Ddl concorrenza e la sorte dei servizi pubblici locali. Due visioni del mondo si scontrano*, Rivista online Altra economia, 18 Febbraio 2022

⁴⁵⁶ L'autonomia locale è inserita tra i principi fondamentali della Costituzione: a sottolineare la volontà di valorizzare l'autonomia in sé, al di là dei modelli organizzativi di cui al Titolo V. E l'inserimento tra i principi fondamentali dell'autonomia induce a insistere sulla connessione che esiste tra l'autonomia locale e principi quali democrazia, sovranità popolare, uguaglianza, solidarietà, sul rapporto con i diritti, con il progetto di emancipazione.

⁴⁵⁷ "Il Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo"; i Comuni hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa, amministrativa e impositiva finanziaria nei limiti di statuti, regolamenti e leggi; hanno funzioni proprie e funzioni conferite con legge dello Stato e della Regione secondo il principio di sussidiarietà.

Conclusioni

Giunti al termine del presente capitolo, è possibile riconoscere il ruolo assunto dai privati all'interno del secondo welfare, introdotto nel Capitolo I, il quale, come già visto, si è sviluppato per affrontare la sempre più evidente crisi dello Stato Sociale, in forte difficoltà nell'affrontare molti problemi che interessano i cittadini, per di più aggravati dalla recente crisi causata dalla pandemia legata al Covid-19.

Infatti gli attori appartenenti al libero mercato ed al terzo settore, affiancano lo Stato per rispondere ai bisogni sociali dei cittadini; dette risposte, sono inevitabilmente legate alla nascita di nuove alleanze (collaborazioni, relazioni sociali e partnership inedite) che abbiano l'obiettivo di intercettare bisogni specifici. Appare questa la strada da percorrere per assumere un ruolo decisivo nell'ambito dell'innovazione sociale che porta inevitabilmente alla nascita di nuovi servizi, prodotti e modelli per rispondere più efficacemente alle necessità di welfare delle persone e delle comunità.

Considerando che l'attività amministrativa concretizza un nuovo rapporto fra amministrazione e cittadino⁴⁵⁸, è necessario riconoscere che il perseguimento degli obiettivi prefissati dall'attività amministrativa che si concretizzano nella soddisfazione degli interessi in gioco, sia pubblici che privati, può realizzarsi, solo se viene accolta, da tutte le amministrazioni, sul livello nazionale, un concetto di attività amministrativa dinamica e semplificata che si svolge attraverso la coesistenza fra programmazione, concertazione sociale ed autonomie locali⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in Foro amm. TAR, fasc. 5, 2005, pp. 1820 ss.

⁴⁵⁹ Sul punto, F. CASTELLUCCI, *“La tutela della salute (nel nostro ordinamento) nella Giurisprudenza costituzionale e le principali criticità che ne mettono in pericolo l'effettività”* si sofferma sul referendum costituzionale del 4/12/2016 in occasione del quale, si proponeva di aggiungere all'attuale lett. m) dell'art. 117 della Costituzione *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* l'affermazione *“disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare”*. L'autore del lavoro infatti sottolinea come, alla luce della giurisprudenza costituzionale, le Regioni hanno più volte legiferato mirando agli interessi delle singole categorie di utenti/cittadini, tralasciando troppo spesso gli interessi generali, una tendenza che sarebbe potuta essere superata dalla proposta

Dalle riflessioni appena svolte, non può che conseguire una riflessione, seppur breve⁴⁶⁰, in merito alla funzione integrativa del settore privato in quello pubblico, idoneo per il supporto, non anche per una sua sostituzione, non quantomeno, in un Paese come l'Italia.

Per la funzione sociale che ispira il modello socio-culturale, è necessario, a detta di chi scrive, che il ruolo dei privati sia integrativo e non sostitutivo di quello pubblico. Si ripropone, pertanto che, nell'ottica di un nuovo paradigma di cultura – come meglio si dirà in seguito – si possa riproporre un modello misto pubblico privato in cui l'azione amministrativa rimane detentrica dell'attività di programmazione e di controllo, mentre il privato interviene nella gestione dei servizi, tramite le forme di accreditamento o collaborazione già esistenti.

Il ruolo dei privati va subordinato ad una riorganizzazione del modello integrato in cui il primo passo è rimesso allo Stato. Difatti, posto che i servizi in tema di “cultura sociale” in Italia già esistono e raccolgono successi, si riscontra la mancanza di un sistema organico che necessiti il riconoscimento di un bisogno dell'utente, l'insufficienza del mercato nel soddisfare tale bisogno per mancanza di un sistema di rete e di connessione ed, inoltre, la regolamentazione del servizio sia economico che di tutela verso gli utenti.

Se detta prospettiva fosse percorribile, certamente i soggetti imputati di una tale decisione necessiterebbero di un coinvolgimento su più livelli. In primis sarebbe necessario un riconoscimento centralizzato, a livello nazionale, tale da imporre dei livelli minimi di assistenza integrata a cui le Regioni dovrebbero attenuarsi, in seconda istanza, le Regioni potrebbero scegliere di disporre, a condizione che si trovino in equilibrio economico finanziario⁴⁶¹ l'ampliamento dell'assistenza garantita ai propri cittadini residenti destinando ulteriori risorse ai cosiddetti “livelli ulteriori”, che vanno ad aggiungersi ai livelli essenziali. Può trattarsi di servizi o prestazioni destinate

costituzionale.

⁴⁶⁰ Il tema del ruolo dei privati all'interno del SSN viene ampiamente trattato da R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli Editore, 2020, p. 88 ss.

⁴⁶¹ Le Regioni che si trovano in condizioni di disavanzo strutturale e che hanno sottoscritto un Piano di rientro dal deficit, non possono erogare “livelli ulteriori”.

a specifiche categorie di malati o di disabili (farmaci, rimborsi spese, prestazioni specialistiche, ecc.) oppure rivolte alla generalità dei cittadini residenti.

Orbene, terminata una breve descrizione del SSN è possibile desumere, non solo che il sistema in vigore in Italia è misto pubblico privato e pertanto il ruolo dei privati è già molto presente nell'erogazione dei servizi sanitari- tuttavia, si possono evidenziare dei margini di crescita che trovano un primo riscontro nel riconoscimento del diritto della persona ad un tipo di servizi culturali che siano integrati a quelli sanitari e che possano essere gestiti maggiormente dal terzo settore.

D'altra parte, non si può negare che il tema dei "servizi alla persona" sia un tema in continuo divenire e che è destinato solo a crescere, anche alla luce della direzione politica e finanziaria indirizzata dall'Unione Europea⁴⁶². Pertanto, si ritiene che andrà necessariamente rivisitata la forma di programmazione e di sovvenzionamento dei servizi al fine di non sacrificare né l'efficienza né, tantomeno, la continuità dei servizi, in termini di sostenibilità finanziaria.

Preso atto, inoltre, della stretta relazione che intercorre fra la progettazione e la programmazione dei servizi, si necessita sottolineare l'importanza di una preparazione professionale di questi enti privati, non potendo ritenere che il volontariato possa soddisfare adeguatamente le esigenze di programmazione e di efficienza richieste dal nostro ordinamento.

⁴⁶² Si veda nel capitolo VI l'approfondimento sul tema del PNRR.

CAPITOLO IV

Lo sviluppo dei diritti sociali della persona e l'immaterialità dei beni culturali

Sommario: Premessa; **1.** La questione della competenza; **2.** I diritti sociali: un comune denominatore dei diritti sanitari e di quelli culturali; **3.** I diritti sociali a confronto fra le corti: Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo; **4.** Il principio personalistico della costituzione: la persona, il *vulnus* dei diritti sociali; **5.** Servizio sanitario-culturale: l'immaterialità dei beni e le possibili prospettive; Conclusioni.

Premessa

Se nel primo punto di connessione analizzato è stato preso in considerazione l'obbligo della Repubblica di fornire e disporre dei servizi costituzionalmente riconosciuti, ed il ruolo dei privati in questo rapporto trilaterale, in questo secondo punto di connessione fra i servizi sanitari ed i servizi culturali, si mira ad analizzare la titolarità dei cittadini ad assumere una nuova forma di diritto avente un'accezione di diritto alla cultura diversa ed innovativa rispetto a quella ben nota che apra le porte verso la nascita di una nuova forma di diritti, quella dei servizi integrati sanitari e culturali, nei termini con cui se ne discute nel presente lavoro.

Si ritiene di muovere i primi passi della disamina dall'indagine sulla collocazione della competenza in materia di erogazione dei servizi all'interno della Costituzione.

I servizi sanitari e quelli culturali condividono, infatti, la medesima collocazione all'interno dell'art. 117; da tale scelta di organizzazione tematica, si può desumere una consapevolezza latente dell'esistenza di un comune denominatore, quello dei diritti sociali che accoglie la declinazione dei diritti sanitari e quelli culturali.

Successivamente, partendo dal principio personalistico, si andrà a delineare un diritto integrato che continua a mettere la persona al centro della riflessione, anche per quelle materie, come la valorizzazione dei beni culturali per cui la persona è un elemento solo strumentale.

IV.1. La questione della competenza

La Costituzione riconduce la competenza nell'ambito della materia concorrente tra Stato e Regioni; nello specifico, il primo comma dell'art. 1117 lett. m) riconduce *“la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* nel novero della legislazione esclusiva dello Stato. Segue, nella narrativa del comma successivo, nel novero di quelle materie che concernono la competenza concorrente fra Stato e Regioni, anche la *“tutela della salute”* nonché la *“valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la promozione e l'organizzazione di attività culturali”*.

Il tema della competenza in materia di servizi pubblici, e nello specifico del rapporto con la competenza concorrente dei Comuni per i servizi pubblici locali, ha sovente attratto l'attenzione della dottrina⁴⁶³ e della giurisprudenza⁴⁶⁴.

Come si già avuto modo di affrontare, il tema della competenza ha subito una forte influenza ad opera della normativa comunitaria, (vista la necessità

⁴⁶³ Si veda, tra tanti, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, pagg. 36 e ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in www.Aedon.Mulino.it, n.1/2002; G. SCIULLO, *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in www.aedon.mulino.it, n. 1/2002; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001; evidenzia il tentativo di qualificare i servizi pubblici come caratterizzati dai «fini sociali», identificando questi ultimi con l'insieme delle attività economiche necessarie a rendere effettivi i diritti e le libertà costituzionalmente tutelati nella loro dimensione non self executing.

⁴⁶⁴ Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 1377 del 17 marzo 2003; Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 6764 del 9 dicembre 2002; Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 2782 del 23 maggio 2002; Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 1491 del 13 marzo 2002; Consiglio di Stato, sez. 5a, n. 5322 del 6 ottobre 2000. Nella giurisprudenza comunitaria, Cfr. Corte di giustizia, 19 maggio 1993, C-320, Courbeau vs. Regie des postes e altro, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1994, pag. 159). Si vedano, comunque, le conclusioni rassegnate dall'avvocato generale Alber del 18 marzo 1999 nella causa C-102/98, Ri.San. S.r.l. contro Ischia ambiente S.p.a., Comune di Ischia e Italia Lavoro S.p.a., in Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 1999, I, pag. 5219, laddove si chiarisce che la definizione di pubblico servizio ha rilievo essenzialmente di diritto interno.

di coordinarsi con le esigenze di concorrenza) giungendo, ad oggi, alla definizione di un quadro di competenze fra loro interconnesse⁴⁶⁵.

In ambito culturale, la riforma del Titolo V ha delineato una “nuova” impostazione del rapporto tra potere statale e collettività territoriali. Difatti nel 2001 è stata realizzata una cd. “doppia segmentazione” in ambito culturale che differenzia i beni e le attività; nell’ambito dei beni stessi dividendo fra tutela e valorizzazione. Segnatamente, è stato alternato il circolo virtuoso tutela- conservazione-fruizione-gestione-valorizzazione. Questo processo, definito da molti ⁴⁶⁶ un “*continuum giuridico non frazionabile*” ha costituito una scelta che taluni⁴⁶⁷ non hanno apprezzato tanto per il patrimonio culturale quanto per i cittadini direttamente coinvolti.

Detta frammentazione ⁴⁶⁸ implica, necessariamente, una costante e continua integrazione fra i diversi livelli normativi.

Le critiche mosse da autorevoli autori, partono dal presupposto che sussista una sovrapposizione contenutistica della normativa. L’esperienza giurisprudenziale⁴⁶⁹, in materia di tutela e di valorizzazione dei beni culturali,

⁴⁶⁵ L’art. 1, comma 2 del cd. D.Lgs. Servizi pubblici locali, “*Le disposizioni del presente decreto sono applicate avendo riguardo alla tutela e promozione della concorrenza, dell’ambiente e dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Esse individuano, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, le funzioni fondamentali di indirizzo, controllo e regolazione, di comuni, province e città metropolitane e costituiscono principi di riforma economico-sociale della Repubblica.*”

⁴⁶⁶ Sul circolo virtuoso della valorizzazione, si veda S. CAVALIERE, *La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico: l’esperienza degli strumenti collaborativi*, in Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, 3 febbraio 2020; P. CARPENTIERI, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in Urbanistica e appalti, 2016, p. 1027; P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, cit., p. 22.

⁴⁶⁷ Cfr. FAMIGLIETTI, commento sub art. 117-118 della Cost. al Codice beni culturali e del paesaggio a cura di FAMIGLIETTI, PIGNATELLI, Roma, 2015,9.

⁴⁶⁸ La frammentazione in oggetto ha sovente creato problemi nel contesto della gestione del patrimonio storico e artistico. Sul punto si sono espressi POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, in www.federalismi.it e DE FALCO, *Gestione del patrimonio culturale ed elementi di collaborazione istituzionale in Italia e Francia*, in diritto pubblico comparato europeo, 2004, pag.1089 e ss.

⁴⁶⁹ Fra molte della Corte Cost., la sentenza 68 del 2014; in materia di valorizzazione e di paesaggio, la sentenza 29 del 2021; in materia di beni culturali, disposizioni urgenti per la tutela e la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali, la sentenza 140 del 2015; In tema di attività di restauro, nella quale la sentenza n.9 del 2004, afferma che “*il restauro dei beni culturali costituisce una delle attività fondamentali in cui si esplica la tutela*

si è caratterizzata per la continua ricerca di un equilibrio tra le competenze attribuite ai vari livelli istituzionali.

In tale ottica, la tutela, la conservazione, la gestione, la valorizzazione, la promozione e la fruizione, spesso si intrecciano tra loro, in virtù di una profonda connessione che sottende una comune radice.

Un tentativo di armonizzazione della materia è stato promosso dal D.lgs 42 del 2004, in particolare l'attenzione è ricaduta sugli strumenti di collaborazione a disposizione delle amministrazioni pubbliche.

Il rapporto sancito dalla ridisegnata distribuzione delle competenze in tema di tutela (Statale) e della valorizzazione (regionale) sembra ripercorrere un rapporto di subordinazione per cui la seconda sottende alla prima. In quest'ottica, le attività volte alla valorizzazione dei beni culturali trovano, sulla loro strada, le limitazioni poste dalla tutela ed in questo quadro, la fruizione pubblica diviene la ragion d'essere stessa dell'attività di tutela, mentre la gestione, rientra, nell'area della valorizzazione.

Il codice dei beni culturali ha riconosciuto, infatti, la competenza alle attività di valorizzazione ad ogni ente territoriale⁴⁷⁰ sui beni di cui è proprietario - *alias* di cui ha disponibilità- il "confine mobile" tra operatività tra livelli che di fatto si realizza in ambito culturale finisce con il porre la cultura come soggetto normativo cd. *sostanzialmente trasversale*⁴⁷¹.

Lo sviluppo della cultura appare, pertanto, il fine ultimo delle autonomie regionali, e ciò è evidente dal fatto che quasi tutti gli statuti regionali contengono non solo norme che richiamano contenutisticamente l'art. 9

dei beni medesimi", precisando, tuttavia, che "attraverso le operazioni di restauro può anche giungersi alla valorizzazione dei caratteri storico-artistici del bene, che è però cosa diversa dalla valorizzazione del bene al fine della sua fruizione. Quest'ultima, invero, non incidendo sul bene nella sua struttura, può concernere la diffusione della conoscenza dell'opera e il miglioramento delle condizioni di conservazione".

⁴⁷⁰ FERRI, *L'Italia come Stato (regionale) di cultura?* in cui l'autore evidenzia che la trasversalità sostanziale della cultura da un lato fornisce garanzia di autonomia ex art. 114 della Cost. e dall'altro raccoglie l'esigenza di unitarietà della Repubblica.

⁴⁷¹ La Corte Costituzionale ha più volte individuato le materie "non materie", cioè prive di un oggetto determinato, ma che si determina attraverso il loro servizio. Mentre in alcune materie, come quella della tutela dell'ambiente, la Corte ha definito espressamente la materia "trasversale" (Corte Cost. nn. 407/2002 e la n. 307/2007), nell'ambito della cultura ha definito un riparto determinabile in maniera flessibile attraverso l'esercizio delle funzioni (Corte Cost. n. 372,378,379 del 2004).

della Cost. ma formulazioni ampie in cui si afferma a gran voce il ruolo regionale in ambito culturale. Si pensi alla norma di principio contenuta nell'art. 12 dello Statuto della Regione Puglia⁴⁷² il quale dispone "*La Regione promuove e sostiene la cultura, l'arte, la musica e lo sport, tutela i beni interventi culturali e archeologici, assicurandone la fruibilità*" segue nel secondo comma "*La Regione riconosce nello spettacolo una componente essenziale della cultura e dell'identità regionale e ne promuove iniziative di produzione e divulgazione*" ed infine conclude con il terzo comma "*La Regione garantisce il diritto allo studio, sostiene la ricerca scientifica e, al fine di radicarne la diffusione sul territorio, favorisce intese anche con il sistema universitario pugliese*".

Nonostante la Corte Costituzionale abbia più volte⁴⁷³ affermato che il limite della potestà statutaria regionale non sta solo nel "*puntuale rispetto di tutte le disposizioni costituzionali, ma anche nell'armonia con la costituzione*", tuttavia disposizioni normative regionali⁴⁷⁴ sembrano segnare l'ingresso definitivo del valore culturale come finalità fondamentale all'interno dell'assetto regionale.

Invero, con riferimento all'ambito sanitario, la "tutela della salute" rappresenta un settore di attività dello Stato particolarmente complesso, che vede il potere pubblico agire quale autorità di regolamentazione, di amministrazione attiva e di prestatore in via diretta di servizi pubblici.

Fin dall'approvazione nel 2001 della riforma del titolo V della parte II della Costituzione, il problema principale posto dalla nuova ripartizione di attribuzioni legislative tra Stato e regioni è stato quello di una chiara individuazione del contenuto delle materie, al fine di determinare una netta linea di demarcazione tra competenza statale e competenza regionale.

⁴⁷² L.R. n. 7 del 2004.

⁴⁷³ Corte cost. 196 del 2003 e n. 27 del 2004.

⁴⁷⁴ *ex multis* Art. 2, lett. s) Statuto Calabria - L.R. 19 del 2004; art. 9 dello Statuto della regione lazio L.R. 1 del 2004

Anche il tema dell'effettività della salute⁴⁷⁵ è legato al discorso della competenza fra stato e regioni⁴⁷⁶ cioè in quanto tanto lo Stato, quanto le Regioni sono impegnati nella tutela della salute e che lo Stato detiene la competenza esclusiva nella “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 comma II, lett. m)) mentre nelle competenze delle Regioni rientra la tutela della salute, indicata come materia di competenza concorrente ex art. 117, III comma è pertanto chiara la visuale decentrata assunta dal nostro legislatore con la riforma del Titolo V⁴⁷⁷.

Secondo le disposizioni dell'art. 117, comma III, le Regioni devono garantire in concreto il raggiungimento degli obiettivi di salute del Paese. La tutela

⁴⁷⁵ Sul punto F. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, 2007, Torino; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; C. TUBERINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2010. Sul tema, si segnalano altresì alcune opere collettanee tra cui R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, di R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano 2005 e *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria – spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna 2008; Ancora si cita A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCIA M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione riforme e sostenibilità, Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011; Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio, Milano, 2008; nonché gli scritti inseriti nelle trattazioni sistematiche di diritto amministrativo, quale quello di CATEKANI A, *La sanità pubblica in Trattato di diritto amministrativo*, a cura di SANTANIELLO G. Padova, 2010; ovvero quale quello a cura di R. FERRARA, *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. RODOTA' - P. ZATTI, Milano, 2010.

⁴⁷⁶ Sul punto F. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, 2007, Torino; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; C. TUBERINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2010. Sul tema, si segnalano altresì alcune opere collettanee tra cui R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, di R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano 2005 e *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria – spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna 2008; Ancora si cita A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCIA M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione riforme e sostenibilità, Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011; Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio, Milano, 2008; nonché gli scritti inseriti nelle trattazioni sistematiche di diritto amministrativo, quale quello di CATEKANI A, *La sanità pubblica in Trattato di diritto amministrativo*, a cura di SANTANIELLO G. Padova, 2010; ovvero quale quello a cura di R. FERRARA *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. RODOTA' - P. ZATTI, Milano, 2010.

⁴⁷⁷ Cfr. M. LUCIANI, *I Livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni in Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. CATELANI, G. CERRINA FERONI e M.C. GRISOLA, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 9 e ss..

della salute è materia pertanto di legislazione concorrente; ciò implica che lo Stato detiene l'esclusività in materia di principi fondamentali mentre le Regioni si occupano di definire la disciplina di dettaglio.

Pertanto lo schema organizzativo prevede una distribuzione delle risorse economiche operata da parte dello Stato in favore delle Regioni che rimangono, in ultima istanza, le responsabili, a livello operativo per l'erogazione dei servizi sanitari. Tuttavia il sistema delineato dalla L. 3 del 2001 che ha conferito autonomia decentrata alle Regioni, ha creato una profonda disomogeneità fra le diverse Regioni privilegiando quelle più sviluppate e dotate di maggiori capacità organizzative e penalizzando le altre favorendo così il fenomeno della cd. "mobilità sanitaria"⁴⁷⁸.

La disomogeneità descritta si è acuita nel 2012, quando a seguito della legge costituzionale n.1⁴⁷⁹ lo Stato, ha deciso di fronteggiare la crisi internazionale economica, ha introdotto il principio del pareggio di bilancio con lo scopo di realizzare un drastico contenimento della spesa pubblica per pianificare un risanamento dei conti pubblici così da inibire, se non eliminare, il ricorso all'indebitamento ⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Definito anche il "processo di migrazione di coloro che scelgono di avvalersi di determinate prestazioni sanitarie presso strutture site al di fuori dell'area di competenza territoriale della propria Asl"; Il fenomeno è stato studiato da uno studio promosso e pubblicato dalla rivista Svimez, dal quale emerge l'essenzialità del diritto di poter scegliere il luogo di cura preferito. A tale riconoscimento consegue il dibattito se questa "scelta" debba ricadere causando una maggiorazione i costi della spesa pubblica oppure tale "scelta" venga considerata un lusso che il paziente deve sostenere privatamente.

A. PITTINO, *La mobilità sanitaria*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. BALZUZZI e A. CARPANI, Bologna, Il Mulino, 2013 pp. 363 e ss..

⁴⁷⁹ La legge costituzionale n. 1 del 2012 "introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale" ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, inserendo nella Carta il principio del pareggio. La legge costituzionale in vigore l'8 maggio 2012, ma le sue disposizioni hanno avuto effetto solo a partire dal 2014.

⁴⁸⁰ Sentenza n. 416 del 1995 in cui si afferma che l'obiettivo della tutela della salute deve essere perseguito "in bilanciamento" con il valore dell'equilibrio finanziario, presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore (il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute", osserva inoltre che "il mantenimento, almeno nella proiezione di quegli interventi futuri che verrebbero compromessi nella consumazione di tutte le risorse economiche già nel presente"; perciò il "richiamo all'equilibrio finanziario dovrebbe essere inteso come l'epitome di un più ampio richiamo ai diritti costituzionali nel loro complesso, ivi compreso lo stesso diritto alla salute" (dei terzi, o dello stesso attuale beneficiario degli interventi 'costosi', riguardato nella prospettiva del futuro") p. 29 e ss..

Nell'ottica della *spending review*, la Corte a più riprese ha chiarito che l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute e, segnatamente, nell'ambito della gestione del servizio sanitario, può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa⁴⁸¹.

Le criticità appena citate, non sono passate inosservate, ed hanno costituito oggetto di giurisprudenza e di numerose osservazioni nel merito⁴⁸².

Questa materia rappresenta un elemento qualificante del catalogo dei diritti costituzionali e del modello di Stato sociale⁴⁸³ e oggetto di specifico riconoscimento anche in ambito europeo⁴⁸⁴ e internazionale⁴⁸⁵. Il coordinamento tra più livelli istituzionali rappresenta un tema delicato e complesso su tutto il territorio europeo. In Italia tale complessità è accolta dal Titolo V della Parte seconda, reca distinte disposizioni concernenti la sanità pubblica⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Sentenza n. 193 del 2007 per cui “*l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa*”.

⁴⁸² Corte Cost. sentenza n. 98 del 2007 e n. 36 del 2005. L'art. 4, comma 3, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347 (Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria) ha recepito in particolare l'Accordo 8 agosto 2001 (Accordo tra Governo, Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano recante integrazioni e modifiche agli accordi sanciti il 3 agosto 2000 e il 22 marzo 2001 in materia sanitaria), sancendo l'obbligo delle Regioni di provvedere alla copertura degli eventuali disavanzi di gestione accertati nel servizio sanitario a livello regionale, potendo peraltro esse a tal fine anche introdurre, in modo cumulativo o alternativo, apposite misure di compartecipazione alla spesa sanitaria da parte degli utenti, variazioni dell'aliquota dell'addizionale IRPEF o altre misure fiscali previste dalla legge, ed infine «altre misure idonee a contenere la spesa, ivi inclusa l'adozione di interventi sui meccanismi di distribuzione dei farmaci».

⁴⁸³ La Costituzione italiana prevede all'art. 32 che “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”, qualificando esplicitamente come “*fondamentale*” solo tale diritto.

⁴⁸⁴ cfr. art. 168 TFUE, ex art. 152 TCE, secondo cui “Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”

⁴⁸⁵ cfr. art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 6 dicembre 1966, ratificato in forza della l. 25 ottobre 1977, n. 88.

⁴⁸⁶ Si rimanda al testo dell'art. 117, co. 2, lett. m) nonché all'art. 117, comma 3 dove si attribuisce alla competenza concorrente la materia “tutela della salute” (si ricorda che già nella precedente formulazione la materia “*assistenza sanitaria ed ospedaliera*” era di competenza legislativa concorrente) e “*ricerca scientifica*” (quest'ultima naturalmente collegata alle finalità di tutela della salute: cfr. Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20).

Il quadro del riparto di competenze deve essere completato con le disposizioni relative al riparto delle competenze regolamentari (art. 117, co. 6) e delle funzioni di amministrazione attiva (art. 118), alla regolamentazione della finanza pubblica (art. 117, co. 2 e 3, art. 119), alla previsione dell'intervento sostitutivo dello Stato quando lo richieda "la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 120, co. 2).

Al riparto delle competenze all'interno della Costituzione consegue naturalmente la fonte delle norme di rango primario, la quale vede i testi normativi recanti le grandi riforme della sanità pubblica ^{intersecarsi} con i numerosi interventi di natura economica e finanziaria, preordinati al governo e al contenimento della spesa sanitaria⁴⁸⁷.

La prospettiva fornita dalla sovrapposizione tra funzionamento e finanziamento dell'assistenza sanitaria può essere declinata attraverso la giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale ha inteso ⁴⁸⁸ salvaguardare la centralità dell'intervento programmatico statale (anche quando non era limitato a dettare i principi fondamentali della materia), muovendo dalla massima che la tutela della salute "non può non darsi in condizioni di fondamentale uguaglianza su tutto il territorio". Diversamente alle Regioni è rimessa l'integrazione delle disposizioni statali, specie in tema di organizzazione degli organi e degli enti dell'amministrazione sanitaria.

Degno di menzione è il profilo attinente al funzionamento dell'amministrazione sanitaria, tema sovente affrontato dalla giurisprudenza costituzionale. Sul punto si menziona la sentenza della Corte cost., sent. n. 255 del 2013 in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. b), della l. p. Trento 4 ottobre 2012, n. 21, che aveva attribuito alla Provincia e non ai Comuni – come previsto

⁴⁸⁷ La disciplina dei c.d. "piani di rientro" di cui all'art. 2, co. 77 sgg., della l. 23 dicembre 2009, n. 191, alle previsioni taglia-spese di cui – tra i tanti provvedimenti – all'art. 15 del d. l. 6 luglio 2012, n. 95)

⁴⁸⁸ così Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282

dalla legge statale – la competenza nella determinazione del numero delle farmacie ubicate nei singoli comuni, nonché l’identificazione delle zone in cui collocare le nuove farmacie, perché “i criteri stabiliti dalla normativa statale relativi all’organizzazione dei servizi farmaceutici e agli illeciti e alle sanzioni amministrative nella vendita dei farmaci sono, secondo quanto indicato da questa Corte, *“principi fondamentali”* in materia di tutela della salute⁴⁸⁹.

Anche con riferimento al profilo del finanziamento della spesa sanitaria, la giurisprudenza ha fornito una interpretazione direttiva, segnatamente si ritiene di menzionare, fra molte la sentenza della Corte cost., sent. n. 104 del 2013 in cui la Corte, dopo aver ricordato che “l’autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell’ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa, specie *“in un quadro di esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario”*, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, della l. r. Abruzzo 17 luglio 2012, n. 33, in quanto, *“disponendo l’assunzione a carico del bilancio regionale di oneri aggiuntivi per garantire un livello di assistenza supplementare”* ai cittadini, risultava violativa del *“principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria, quale principio di coordinamento della finanza pubblica e, in definitiva, l’art. 117, terzo comma, Cost.”*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Ex multis la sentenza della Corte cost., sent. n. 8 del 2011 in cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 35 della l. r. Emilia Romagna 22 dicembre 2009, n. 24, che prevedeva che la Regione potesse consentire l’uso di farmaci off label, “quando tale estensione consenta, a parità di efficacia e di sicurezza rispetto a farmaci già autorizzati, una significativa riduzione della spesa farmaceutica a carico del Servizio sanitario nazionale e tuteli la libertà di scelta terapeutica da parte dei professionisti del SSN”. Ad avviso della Consulta, infatti, la legge regionale individuava illegittimamente “condizioni diverse rispetto a quelle stabilite dal legislatore per l’uso dei farmaci al di fuori delle indicazioni registrate nell’AIC”, in violazione delle “disposizioni statali circoscrivono il ricorso ai farmaci cd. off label a condizioni eccezionali e ad ipotesi specificamente individuate”. Ancora, un’altra sentenza della Corte cost., sent. n. 292 del 2012 in cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale commi 237-undecies e 237-duodecies dell’art. 1 della l. r. Campania n. 4 del 2011, che prevedevano un’articolazione della procedura di accreditamento delle strutture sanitarie private differente da quella disciplinata dalla legge statale;

⁴⁹⁰ Sul tema si segnalano altresì le sentenze della Corte cost., sent. n. 219 del 2013 in cui la Corte ha affermato che l’attività del commissario ad acta per il rientro dal deficit sanitario, “inserendosi nell’ambito del potere sostitutivo esercitabile dallo Stato nei confronti della

Definito, pertanto che tanto lo Stato, quanto le Regioni sono impegnati nella tutela della salute e che lo Stato detiene la competenza esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 comma II, *lett. m*)) mentre nelle competenze delle Regioni rientra la tutela della salute, indicata come materia di competenza concorrente ex art. 117, III comma è quindi chiara la visuale decentrata assunta dal nostro legislatore con la riforma del Titolo V.

Pertanto lo schema organizzativo prevede una distribuzione delle risorse economiche operata da parte dello Stato in favore delle Regioni che rimangono, in ultima istanza, le responsabili, a livello operativo per l'erogazione dei servizi sanitari. Tuttavia il sistema delineato dalla L. 3 del 2001 che ha conferito autonomia decentrata alle Regioni, ha creato una profonda disomogeneità fra le diverse Regioni privilegiando quelle più sviluppate e dotate di maggiori capacità organizzative e penalizzando le altre favorendo così il fenomeno della cd. "*mobilità sanitaria*"⁴⁹¹.

Sulle criticità del sistema sanitario decentrato e conseguente disomogeneità effettiva sulla qualità del servizio si è espressa la Corte Costituzionale n. 91 del 2012, la quale aveva più volte affermato in premessa che "l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della

Regione", è "*direttamente imputabile*" allo Stato, e non alla Regione, nonostante che l'art. 2, co. 77 sgg. della l. n. 191 del 2009 preveda che il Consiglio dei Ministri nomini Commissario ad acta lo stesso Presidente della Giunta regionale. Si segnala inoltre la sentenza della Corte cost. n. 260 2012 in cui la Corte ha statuito che la Regione sottoposta al piano di rientro del deficit sanitario e al commissariamento dell'amministrazione sanitaria non può adottare norme che siano di "*interferenza*" col mandato del Commissario ad acta (orientamento ormai consolidato: cfr. sentt. nn. 193 del 2007, 2 e 361 del 2010, 78 del 2011 e 91 del 2012; cfr. anche TAR Molise, Sez. I, 27 giugno 2013, n. 435).

⁴⁹¹ Definito anche il "processo di migrazione di coloro che scelgono di avvalersi di determinate prestazioni sanitarie presso strutture site al di fuori dell'area di competenza territoriale della propria Asl"; Il fenomeno è stato studiato da uno studio promosso e pubblicato dalla rivista Svimez, dal quale emerge l'essenzialità del diritto di poter scegliere il luogo di cura preferito. A tale riconoscimento consegue il dibattito se questa "scelta" debba ricadere causando una maggiorazione i costi della spesa pubblica oppure tale "scelta" venga considerata un lusso che il paziente deve sostenere privatamente.

A. PITTINO, *La mobilità sanitaria*, in Manuale di diritto sanitario, a cura di R. BALZUZZI e A. CARPANI, Bologna, Il Mulino, 2013 pp. 363 e ss..

spesa”. Pertanto “il quadro di esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi nel settore sanitario”.

Priva di ulteriori profili di incertezza la competenza regionale in materia di tutela della salute è sovente percorsa la via della concertazione interistituzionale è stata spesso percorsa, nell’ambito di quel modello di pluralismo istituzionale delineato dalla Costituzione, dopo la riforma del titolo V, e del principio di leale collaborazione, al quale gli enti che compongono la Repubblica hanno convenuto, dopo la riforma, di ispirare il proprio operato⁴⁹².

Difatti se l’ordinamento sanitario, fortemente regionalizzato sin dal 1992, prevedeva già numerose procedure di collegamento, la successiva evoluzione che ha sancito nuove forme di concertazione è stata la riforma del Titolo V. Tale riforma ha portato ad una modifica del previgente Piano sanitario nazionale.

Il Piano, infatti non rappresenta più un atto di programmazione dello Stato nei confronti delle Regioni ma ha assunto il ruolo di un documento di indirizzo, nel quale si sottolineano gli interventi di più stretta competenza statale, lasciando tuttavia discrezionalità sulle scelte e sulle modalità di organizzazione dei servizi⁴⁹³.

In tale contesto, molti interventi per il contenimento della spesa sanitaria presuppongono il raggiungimento di specifiche intese in sede di Conferenza Stato regioni assumendo pertanto rilievo l’attività di sottoposizione preventiva alla Conferenza Stato Regioni dei provvedimenti di legge di iniziativa governativa di interesse regionale, al fine di individuare il massimo del consenso possibile e recepire le indicazioni regionali⁴⁹⁴ anche attraverso

⁴⁹² Conferenza unificata, Accordo del 20 giugno 2002. *Intesa inter-istituzionale tra Stato, regioni ed enti locali, ai sensi dell’art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*. Tra l’altro, lo Stato e le Regioni si impegnano, al fine di scongiurare il contenzioso davanti alla Corte costituzionale, a verificare, nella fase di predisposizione dei rispettivi atti normativi, che questi rispettino gli ambiti costituzionali di competenza.

⁴⁹³ S. CORONATO, *Organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale in Il diritto sanitario moderno*, 2021, fasc. 1, pp. 33-88.

⁴⁹⁴ Sul tema, vedi ad es Le osservazioni e proposte di emendamento predisposte in occasione della predisposizione dei decreti legge che sono intervenuti in materia sanitaria, tra i quali il decreto legge n. 63/2002 ed il decreto legge n. 138/2002.

gli accordi definiti in sede di Conferenza Stato-Regioni per uniformare l'azione tra le diverse realtà territoriali⁴⁹⁵.

Nel citato contesto, pertanto emerge, parimenti, la difficoltà nella gestione organizzativa di materie appartenenti al novero delle cd. materie trasversali. Talune categorie, fanno riferimento non ad oggetti precisi, ma a finalità che devono essere perseguite e che pertanto si intrecciano con una pluralità di altri interessi, incidendo in tal modo su ambiti di competenza concorrente o residuale delle regioni⁴⁹⁶. Con riferimento a tali materie sono stati conati in dottrina i termini di materie- funzioni o materie-valori. Le principali materie trasversali sono la tutela della concorrenza, cui è sotteso *“l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese”*⁴⁹⁷; tale materia *“si caratterizza dunque per la natura funzionale [...] e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale”*⁴⁹⁸. Nel novero delle materie trasversali, come già accennato, rientra senza dubbio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, con riferimento alla quale la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che *“non si può discutere di materia in senso tecnico, perché la tutela ambientale è da intendere come valore costituzionalmente protetto, che in quanto tale delinea una sorta di «materia trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, anche regionali, fermo restando che allo Stato spettano le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale”*⁴⁹⁹. Un ulteriore materia è quella della

⁴⁹⁵ Tra gli altri, le linee guida per l'organizzazione di un sistema integrato di assistenza ai pazienti traumatizzati con mielolesioni e/o cerebrolesi; sugli indirizzi per la riduzione delle liste di attesa; sui criteri di individuazione dei centri interregionali di riferimento per le malattie rare; sulla gestione degli adempimenti in materia di indennizzi per danni da trasfusioni e da vaccinazioni; per l'organizzazione delle attività di day surgery; sulle cellule staminali emopoietiche; sulla sicurezza del donatore di organi; sulle unità spinali unipolari.

⁴⁹⁶ *ex multis* sentenza n. 171/2012, n. 235 del 2011, n. 225/2009, n. 12 del 2009, n. 345/2004, n. 272/2004

⁴⁹⁷ sentenza n. 14/2004.

⁴⁹⁸ sentenza n. 345/2004.

⁴⁹⁹ *ex multis* sentenza n. 171/2012, n. 235/2011, n. 225/2009, n. 12/2009

determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, anch'essa ritenuta non una materia in senso stretto, ma "una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle⁵⁰⁰.

IV.2. I diritti sociali: un comune denominatore dei diritti sanitari e di quelli culturali

A ben vedere, quindi ci si chiede se è possibile, o meno, riscontrare nei diritti sociali⁵⁰¹ (la cui determinazione dei livelli essenziali rientra nella competenza esclusiva dello Stato ex art comma 2 del già citato 117 Cost), un comune denominatore fra i diritti sanitari ed i diritti culturali.

Tornando al dettato costituzionale, l'art. 117 che fa riferimento ai diritti civili e sociali, mentre i diritti civili sono quelli riconosciuti a tutti i cittadini di uno Stato e quindi pertanto sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico come fondamentali, inviolabili ed irrinunciabili conseguentemente, non possono subire alcuna limitazione poiché assicurano all'individuo la possibilità di realizzare pienamente sé stesso. In altre parole i diritti civili sono l'insieme delle libertà individuali di cui deve godere ogni singola persona⁵⁰². Essi sanciscono le cosiddette "libertà di" e sono anche detti diritti negativi perché

⁵⁰⁰ *ex multis*, sentenza n. 282/2004.

⁵⁰¹ Secondo la teoria delle tre generazioni dei diritti umani di Karel Vašák, i diritti economici, sociali e culturali sono considerati diritti di seconda generazione, mentre i diritti civili e politici, come la libertà di parola, il diritto a un giusto processo e il diritto di voto, sono considerati diritti di prima generazione. Inoltre, la teoria dei diritti negativi e positivi considera i diritti economici, sociali e culturali diritti positivi.

⁵⁰² Nel novero dei diritti alla vita ci sono: il diritto alla vita, alla libertà di pensiero e d'espressione, alla cittadinanza, a non essere tenuto in schiavitù, a non essere sottoposto a nessuna forma di tortura, alla sicurezza personale, a ricevere un giusto processo davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, a cercare asilo in altri paesi, a formare liberamente una famiglia (libertà di matrimonio), alla proprietà, alla libertà di coscienza, a riunirsi pacificamente, a partecipare al governo del proprio Paese, sia direttamente sia attraverso rappresentanti liberamente scelti.

limitano e regolano l'intervento dello Stato e del potere politico nella sfera della libertà personale.

Dall'altra parte, i diritti sociali⁵⁰³ sono accolti anch'essi dalla la nostra Costituzione⁵⁰⁴ contempla espressamente tali diritti trovano fondamento, ancor prima che negli specifici articoli che li contemplano e disciplinano espressamente, nei principi fondamentali del nostro testo costituzionale e in particolare nel principio personalistico e nel principio di eguaglianza sostanziale, sanciti rispettivamente dagli articoli 2 e 3.

L'articolo 2 riconosce e garantisce i "*diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*", ponendo la persona e i suoi diritti al centro e a fondamento di tutto il sistema costituzionale. Su tale previsione si considera basato, per l'appunto, il principio personalistico che anima la nostra come costituzione e l'accomuna con molte altre del dopoguerra⁵⁰⁵. La Costituzione rappresenta la chiara espressione della scelta operata dalla Repubblica italiana di rinnegare il criterio del superiore interesse dello Stato rispetto all'individuo e con ciò ha escluso la stessa possibilità di sacrificare quest'ultimo (l'individuo) alla soddisfazione delle finalità del primo (lo Stato)⁵⁰⁶.

Il tema dell'inviolabilità dei diritti dell'uomo da un lato rappresenta un limite per la legge e pertanto per le scelte politiche della maggioranza, dall'altro rappresenta la più alta tutela per la persona - cittadino in quanto la politica

⁵⁰³ L'ex giudice della Corte Costituzionale Zagrebelsky: "*L'organizzazione pubblica della sanità è una conquista civile che deve essere apprezzata nel suo giusto valore, pensando alle categorie sociali più deboli che non possono pagare cure costose presso medici e cliniche private. Che le differenze di possibilità economiche non debbano creare discriminazioni rispetto alla salute ed addirittura alla vita è un principio di giustizia che appare evidente e risulta dalla Costituzione*". In tale ottica, le disfunzioni della sanità pubblica in Italia non si possono quindi correggere eliminando questo servizio o limitandosi, come propongono i fautori del liberismo e della cosiddetta deregulation, ma combattendo gli "*sprechi, la disorganizzazione e la corruzione*".

⁵⁰⁴ Fra i diversi diritti sociali si riscontrano: il diritto al lavoro (artt. 4, 35, 36, 37), il diritto alla salute (art. 32), il diritto allo studio (art. 34), il diritto alla previdenza e all'assistenza (art. 38), i diritti della famiglia (artt. 29, 30, 31).

⁵⁰⁵ S. GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *La cittadinanza europea 2/2013*, in cui la tematica viene approfondita nell'ottica delle problemi posti dalla crisi economica e dalle trasformazioni costituzionali imposte in sede europea ai Paesi membri.

⁵⁰⁶ in tal senso si esprime I diritti sociali alla salute e all'assistenza A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, 2014, cit. p. 3, cap. I p. 12

non può trasformare la persona, destinatario e fine ultimo della tutela costituzionale, in uno strumento per il conseguimento di finalità politiche. Da tale punto di vista, appaiono più che mai condannate le scelte operate durante il regime fascista in cui sono stati sacrificati i diritti delle persone, a fronte delle esigenze della protezione della razza, ma anche i diritti dei lavoratori di fronte al superiore interesse dell'impresa, ecc.

L'art. 3 della Cost. si fa veicolo di un altro principio fondamentale, quello che sancisce, oltre all'uguaglianza di ciascuno di fronte alla legge e al divieto di discriminazione, l'impegno della Repubblica a garantire l'operatività dell'eguaglianza sostanziale⁵⁰⁷.

L'uguaglianza ha una rilevanza centrale nell'ambito della ricostruzione dei diritti sociali e della forma di Stato che li supporta in quanto "la garanzia delle libertà a tutti e senza discriminazione sia necessario a rendere gli uomini liberi, ma non è sufficiente a renderli uguali"⁵⁰⁸.

Perché tale ultimo passo possa dirsi compiuto occorre uno specifico impegno delle istituzioni nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale (non giuridico, si badi bene, per questo infatti è sufficiente prevedere l'eguaglianza di fronte alla legge e il divieto di discriminazione) che impediscono alle persone di avere le stesse opportunità di vita e di sviluppo. Al fondo del grande e ambizioso progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale c'è l'idea che un regime democratico possa dirsi pienamente compiuto solo laddove gli individui siano effettivamente e non solo formalmente uguali e quindi siano tutti, allo stesso modo e con le stesse possibilità, messi in condizione di contribuire alla vita politica e sociale del Paese.

Al fine di individuare correttamente i contorni dei diritti sociali, è necessario avanzare un'indagine su quella che è la funzione dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui si estrinseca. Da tale funzione, sviluppatasi

⁵⁰⁷ art. 3 comma 2 Cost. "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

⁵⁰⁸ Opt. cit. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario* 3.

dell'ottocento, rappresenta una reazione necessaria al riconoscimento dell'eguaglianza fra i cittadini; infatti, se questi sono uguali dinanzi alla legge, acquisiscono un diritto a partecipare ai vantaggi che la società offre in modo paritario agli altri cittadini, ed il ruolo, quello di “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*” è pienamente ricoperto dallo Stato. È possibile definire quindi che i diritti sociali rappresentano la parte che spetta a ciascun cittadino nel conferimento delle risorse individuali in società ⁵⁰⁹ .

Nella costituzione di uno Stato di diritto, l'esistenza di taluni diritti si traduce nella pretesa dei consociati ad ottenere delle prestazioni che assicurino dei servizi che hanno come finalità ultima il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale fra i soggetti ⁵¹⁰ . Attraverso la promozione e la tutela dei diritti sociali, la Repubblica assume il ruolo di promuovere una società equilibrata che mira ad integrare libertà personale ed eguaglianza di chance⁵¹¹ . Appare pertanto opportuno poter affermare che i diritti sociali abbiano una propria dimensione oggettiva costituita da quell'insieme di norme di cui lo Stato si nutre per attuare la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, ed una soggettiva costituita da specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dello Stato.

⁵⁰⁹ G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social* in *Histoire doctrinale du XVIII siècle jusqu' a la fin du XIX siècle*, Parigi, 1931.

⁵¹⁰ V. art. 3, secondo comma Cost

⁵¹¹ Sull'argomento v. F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, 1953; M. MAZZIOTTI, Diritti sociali (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964; M. PERSIANI, *Commento all'art. 38 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione Italiana*, Bologna – Roma, 1979; N. LUHMAN, *Stato di Diritto e Sistema Sociale*, Napoli, 1978; C. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755 e ss.; R. CANOSA, *Le Libertà in Italia. I Diritti Sociali nell'Ultimo Decennio*, Torino, 1981; M. FERRARA, *Il welfare State in Italia*, Bologna, 1985; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, Roma, 1989; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La Tutela dei Diritti Fondamentali Davanti alla Corte Costituzionale*, Torino, 1994, p. 79 e ss.; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le Ragioni del Diritto*, Scritti in Onore di L. MENGONI, Milano, 1995; C. COLAPIETRO, *La Giurisprudenza Costituzionale nella Crisi dello Stato Sociale*, Padova, 1996.

Utile alla presente disamina, è altresì l'individuazione della natura dei diritti sociali sì da poter comprendere maggiormente quegli elementi in cui è sarebbe possibile classificare tanto i diritti sanitari, quanto quelli culturali.

Ebbene, in dottrina taluni⁵¹² hanno ritenuto di qualificare i diritti sociali alla stregua dei diritti collettivi, ovvero il cui fine immediato e prevalente risieda nella tutela di interessi di gruppo, e solo indirettamente e di riflesso della protezione di quelli individuali. Tuttavia, tale tesi trova un limite nella necessaria appartenenza di un singolo ad una certa collettività per poterne riconoscere la titolarità del diritto e quindi per garantire un'adeguata tutela⁵¹³.

In tutta risposta, la dottrina ha dimostrato che l'antitesi tra diritti individuali e diritti sociali non esiste⁵¹⁴. In tale ottica, l'appartenenza del singolo ad una categoria coprirebbe una funzione meramente indicativa al fine di individuare le posizioni personali dei singoli e consente quindi, una migliore rispondenza del trattamento giuridico (della norma) alle esigenze dei soggetti che intende proteggere, cogliendo l'individuo nella sua concreta posizione soggettiva in seno alla società. Viene identificata come caratteristica dell'evoluzione sociale l'operazione di considerare l'individuo nel suo concreto che riscontra fondamento nel "*l'idea della vita dell'individuo come valore centrale del mondo pratico*"⁵¹⁵.

Il profondo *discrimen* che sussiste fra i diritti civili e quelli sociali è che i primi reclamano l'astensione delle autorità da una sfera di interessi ritenuta propria di ogni cittadino, mentre i secondi mirano ad ottenere prestazioni dalle pubbliche autorità

I diritti sociali, quindi, sono espressione di uno status *positivus*, mentre quelli di libertà di uno *status negativus* i due diritti convivono in un rapporto di

⁵¹² in tal senso A. FACCHI, *Diritti collettivi, diritti culturali*, Società editrice Il Mulino S.p.A.; Tancredi, L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria, i RDI, 2006, p. 644 ss ed E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in QCost., 2004, p.733 ss

⁵¹³ Opt. cit. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario* p. 20.

⁵¹⁴ M. MAZZIOTTI, *Diritti Sociali* (voce), in Enciclopedia del Diritto, vol. XII, Milano, 1964, p. 802 e ss.

⁵¹⁵ Opt. cit. MAZZIOTTI p. 826

complementarietà. Difatti la garanzia dei diritti di libertà rappresentano una condizione perché le prestazioni sociali incumbenti sullo Stato trovino piena tutela giuridica in forma di diritti individuali per altro, la garanzia dei diritti sociali è condizione per l'effettivo godimento delle libertà⁵¹⁶. Negli ordinamenti in cui regna detta condizione di coesistenza, il dubbio interpretativo risiede sulla domanda che orbita attorno alla possibilità per cui effettivamente, solo i diritti civili godano di una piena tutela costituzionale, mentre l'effettiva tutela dei diritti sociali si realizza solo indirettamente per il tramite della legge ordinaria e degli apparati amministrativi⁵¹⁷.

Con l'intento di ricercare nelle disposizioni della Costituzione un vincolo giuridico idoneo a riconoscere un contenuto minimo di ciascun diritto, la dottrina e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale hanno ideato due opzioni interpretative finalizzate a limitare i margini di discrezionalità del legislatore ed ad individuare il contenuto minimo dei diritti sociali: il sindacato di ragionevolezza e l'interpretazione sistematica della Costituzione. Il sindacato di ragionevolezza è in grado di correggere le omissioni del legislatore solo a fronte di difetti puntuali, restando esclusi i casi in cui manca una disciplina globale dell'istituto⁵¹⁸. L'interpretazione sistematica è tesa a ricavare dalla combinazione di una e più norme costituzionali regole precettive che individuino il contenuto indefettibile del diritto⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Nelle costituzioni liberali, che assumono come missione dello Stato anche finalità di riequilibrio economico-sociale, il citato rapporto di complementarietà si è realizzato in modo più evidente poiché, le finalità sociali dello stato convivono con i diritti di libertà.

⁵¹⁷ Sul principio di ragionevolezza v. A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del Sistema*, Milano, 2005; Id., Contributo ad uno Studio sul Principio di Ragionevolezza nell'Ordinamento Costituzionale, Milano, 2000; M. MORRONE, *Il Custode della Ragionevolezza*, Milano, 2001.

⁵¹⁸ Sul principio di ragionevolezza v. A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del Sistema*, Milano, 2005; Id., Contributo ad uno Studio sul Principio di Ragionevolezza nell'Ordinamento Costituzionale, Milano, 2000; M. MORRONE, *Il Custode della Ragionevolezza*, Milano, 200.

⁵¹⁹ Per una critica del ricorso alla tecnica dei combinati disposti, v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

IV.3. I Diritti sociali a confronto fra le corti: Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo

Nell'attuale sistema giuridico, attorno ai diritti sociali ruota la questione riguardante alla loro effettività, conseguentemente diventa centrale individuare chi ne sia il vero garante. La garanzia di tali diritti va individuata in primo luogo, nel legislatore statale e regionale che è deputato ad attuare un quadro normativo capace di dare corpo ai principi ed ai disposti costituzionali sopra richiamati quindi, nelle amministrazioni pubbliche che hanno il compito di programmare ed organizzare una rete dei servizi sociali che risulti efficiente, ed in ultima istanza nella giurisdizione chiamata a far valere tali pretese costituzionalmente garantite⁵²⁰.

La tutela dei diritti sociali ha coinvolto anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) la quale nonostante abbia un *focus* più mirato a proteggere, prevalentemente, la tutela dei diritti civili e politici, la Corte EDU ha sviluppato una giurisprudenza non insignificante su quelli che, con molta approssimazione, possono chiamarsi "diritti sociali". Il caso più noto della giurisprudenza di settore, è il caso Airey, ove la Corte ebbe modo di affermare che, *"sebbene (la Convenzione) enuncia essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale.(...) (N)essuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione"*⁵²¹.

⁵²⁰ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, 805 ss., secondo cui la differenza pur esistente tra diritti di libertà e diritti sociali non deve essere letta in termini di "antagonismo", in quanto le due categorie di diritti si implicano reciprocamente, la garanzia degli uni essendo condizione per il godimento degli altri. Cfr., più di recente, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 71 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 43 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Trec., XI, Roma, 1989, 28 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 489 ss.

⁵²¹ Caso Airey c. Irlanda, sent. del 9 ottobre 1979, § 26 (in tema di gratuito patrocinio, derivato dal generico diritto al "giusto processo", ex art. 6.1 CEDU).

Il catalogo per così dire, “limitato”⁵²² dei diritti enunciati dalla CEDU, fa sì che la forma di tutela fornita da questa non sia la medesima di quella garantita dalle Costituzioni repubblicane.

La diversa copertura di tutela fornita dalle due Corti, è evidente specialmente laddove si decida di mettere a confronto le pronunce su temi per così dire “delicati” come quello della salute o quello dell’individuo alla tutela del patrimonio culturale.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 252/2001 ha riconosciuto la natura incondizionata di un “*nucleo irriducibile del diritto alla salute*” poiché si tratta di un “*ambito inviolabile della dignità umana*”, come tale la Consulta lo riconosce come diritto da garantire anche agli stranieri irregolari. Tale assunto, d’altronde è parimenti espresso dal T.U. sugli stranieri, laddove prevede la garanzia di cure “*urgenti o comunque essenziali*” anche agli irregolari⁵²³.

Con tale pronuncia ne desume la possibilità di garantire una copertura giurisdizionale non solo in situazioni “*urgenti*”, bensì “*essenziali*”, in tal guisa, desumendo, di fatto, un *favor* legislativo per la tutela della salute⁵²⁴. Pertanto, per la Corte, la soluzione proposta è coerente con quanto già disposto dalla normativa vigente⁵²⁵.

Un approccio molto meno marcato invece è quello assunto dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo, la quale è stata, anch’essa chiamata di fornire un riscontro interpretativo all’art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti) al fine di garantire la tutela della salute quale diritto inviolabile dell’uomo, come tale posseduto anche dagli stranieri irregolari. Il

⁵²² A. GUZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e Giurisprudenza sui diritti sociali a confronto*, in Rivista Gruppo di Pisa, settembre 2021/03.

⁵²³ Contestualmente, si sancisce il divieto di segnalazione all’autorità degli stranieri irregolari che accedono alle strutture sanitarie. Cfr., rispettivamente, gli artt. 2 e 35, co. 3, del T.U., e l’art. 35, co. 5.

⁵²⁴ art. 2 del d. lgs. n. 286 del 1998, che “*allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*”.

⁵²⁵ Sent. n. 225/2001, cit., par. 5 “*non andrebbe eseguita l’espulsione «di un soggetto che potrebbe subire, per via dell’immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio [al diritto costituzionale alla salute]*”.

caso N. c. Regno Unito⁵²⁶ riguardava una questione relativa al potere degli Stati di gestire l'immigrazione clandestina. Il caso era originato dall'espulsione di un malato di AIDS verso un Paese di provenienza così povero da non garantire cure adeguate e anzi da far presagire l'elevato rischio di degenerazione della malattia e di morte dello straniero da espellere esponendo pertanto quest'ultimo al rischio di subire trattamenti disumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU.

A rendere forte il fondamento del caso, è stato un caso precedentemente⁵²⁷ trattato che aveva riconosciuto la violazione di tale norma in un caso di espulsione di una malata di AIDS, la quale si trovava in uno stadio terminale della malattia e usufruiva delle cure (gratuite) di un centro per l'assistenza alle ultime fasi di vita. Nel caso del 2008, tuttavia, il cittadino straniero non riportava la medesima situazione di gravità dello stato di salute, e, tale fattispecie, aveva condotto la CEDU ad esprimersi in maniera contraria sostenendo di non poter impedire l'espulsione verso Paesi in cui è comunque astrattamente possibile reperire cure contro l'AIDS e di dover prescindere dal fatto che si tratti di cure fornite solo alla piccola parte della popolazione economicamente in grado di procurarsele. Nella medesima occasione, inoltre, fornendo riscontro alla maggiore eccezione proposta dal Regno Unito, basata sull'assunto per cui la tutela offerta dall'art. 3 CEDU, mal si concilia con disposizioni sull'assistenza sanitaria contenute in strumenti internazionali come la Carta sociale europea, la cui natura è meramente programmatica e non attribuisce al singolo diritti azionabili, la Corte ricorda come, *“sebbene molti dei diritti [espressi dalla Convenzione] abbiano implicazioni di natura sociale o economica, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici”*; *“l'articolo 3 non impone agli Stati contraenti l'obbligo di alleviare le disparità [esistenti tra Stati ricchi e stati poveri, in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite e illimitate a tutti gli stranieri irregolari presenti nel proprio*

⁵²⁶ (GC), 27 maggio 2008.

⁵²⁷ Caso D. c. Regno Unito, 2 maggio 1997

territorio. Affermare il contrario farebbe gravare sugli Stati contraenti un fardello troppo grande”.

Tale ultima posizione, è stata espressa a seguito della precedente (e contraria⁵²⁸) pronuncia del caso Airey⁵²⁹, vedevano l’apertura della tutela della Corte EDU verso i diritti sociali.

Come si vede, mentre la nostra Corte Costituzionale può agevolmente pronunciarsi sul diritto costituzionale alla salute, mentre la Corte EDU può solamente tutelarla indirettamente, nella misura in cui la sospensione delle cure terminali allo straniero da espellere, per il momento in cui viene a cadere, si traduce in un provvedimento inutilmente e gravemente afflittivo.

Per quanto, non sia discusso, nel presente lavoro, il definitivo riconoscimento dei diritti sociali, nell’ordinamento giuridico europeo⁵³⁰, ingresso consacrato con l’attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) dello “*stesso valore giuridico dei trattati*” ex art. 6 TUE⁵³¹, tuttavia si intende sollevare una sottile critica data da una tutela per così dire, a compartimenti stagno, fornita a beneficio della

⁵²⁸ Con il caso Airey c. Irlanda, del 9 ottobre 1979 la CEDU si era espressa sostenendo che, in cui venne affermato che sebbene la Convenzione enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale, al punto che “nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall’ambito coperto dalla Convenzione”.

⁵²⁹ Caso Airey c. Irlanda, sent. del 9 ottobre 1979, § 26 (in tema di gratuito patrocinio, derivato dal generico diritto al “giusto processo”, ex art. 6.1 CEDU) in cui la ricorrente era stata impedita di adire un tribunale perché l’Irlanda all’epoca non aveva un sistema di gratuito patrocinio per i casi di separazione personale. Per contro, nella fattispecie, la mancanza allegata d’accesso alla giustizia non deriva da alcun atto delle autorità, ma unicamente dalla situazione personale del ricorrente che non assolve alle condizioni fissate dalla legge per ottenere il gratuito patrocinio giurisdizionale. Il sistema di ammissione al gratuito patrocinio è stato pertanto modificato. All’epoca dei fatti in contestazione, il sistema in vigore prevedeva che il gratuito patrocinio giudiziario fosse accordato all’esito dell’esame in contraddittorio della domanda dell’interessato, condotto da una commissione indipendente ed imparziale. In ogni stato di causa, egli sottolinea che un sistema di gratuito patrocinio giurisdizionale non può funzionare senza la messa in campo d’un dispositivo che permetta di selezionare i casi suscettibili di beneficiarne e che la fissazione di queste regole rientra nel margine di valutazione dello Stato.

⁵³⁰ S. CANTISANI, *Il volto sociale dell’Europa, la compenetrazione tra le carte dei diritti e il ruolo delle corti e dei giudici nazionali* in *Il Diritto Amministrativo*, Anno XIV - n. 05 - Maggio 2022; A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell’Europa sociale*, cit., p. 38; A. CIANCIO, *Alle origini dell’interesse dell’Unione europea*, cit., p.25. Valuta positivamente l’azione della Corte di giustizia P. BILANCIA, *La dimensione europea*, cit. p.12

⁵³¹ e rinvia, inoltre, alle disposizioni del Titolo VIII della Carta per quanto attiene l’interpretazione dei diritti, delle libertà e dei principi contenuti in detto documento, “*tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*”.

persona da un sistema di fonti che aspira all'armonizzazione come quello Europeo, ma che spesso si trova le mani legate a causa dell'autodeterminazione delle proprie regole.

Appare necessario questo raffronto fra le due Corti proprio perché a seguito della riforma costituzionale del 2001, il nuovo art. 117, ha sancito definitivamente negli obblighi internazionali un limite generale di validità della legislazione statale e regionale. Per il tramite di questa disposizione costituzionale, infatti, il diritto internazionale di fonte pattizia viene sempre più frequentemente invocato come parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi, da sottoporre in ogni caso al previo riscontro di conformità con la Costituzione⁵³². Specularmente, il dettato dell'art. 46, par. 1, CEDU, dispone che l'adeguamento alle sentenze definitive della Corte Edu costituisce per gli Stati contraenti l'oggetto di uno specifico e specifico obbligo di conformazione. Sul punto si è espressa, la Corte costituzionale italiana, tramite la sentenza n. 113 del 2011, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del c.p.p. nella parte in cui non prevede la revisione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte Edu che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

Per quanto appaiano, in teoria, interconnesse, le due Corti sono espressione di due fondamenta profondamente diverse che radicano le proprie diversità nello scopo della propria esistenza⁵³³.

Se da un lato la Corte costituzionale italiana il caso è l'elemento che pone la legge censurata a contatto con la realtà applicativa e che mette in discussione un vizio che inficia la legge, per la Corte Edu, d'altra parte, il caso di specie rappresenta l'unica direzione di senso del *dictum*. Pertanto, le sue decisioni non sono universalizzabili poiché è il caso singolo che delimita la decisione.

⁵³² Corte Cost. sentenze nn. 348 e 349 del 2007

⁵³³ Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi, il sistema di tutela dei diritti umani istituito dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 2018

Difatti, un altro caso emblematico dalla cui analisi il limite di effettività di tutela per taluni diritti che rientrano nella tutela della persona, e che non hanno riscontrato, per il momento, accoglimento da parte della Corte Edu, è la decisione depositata il 21 febbraio⁵³⁴, in cui Strasburgo ha così dichiarato inammissibile il ricorso presentato (ai sensi dell'art. 35 *rationae materiae*) da 5 cittadini turchi che contestavano la decisione delle autorità nazionali di costruire una diga e una centrale idroelettrica che avrebbe costituito una minaccia per il sito archeologico di Hasankeyf. I ricorrenti sostenevano che le autorità turche, dando il via libera ai lavori, avrebbero violato l'articolo 8 della Convenzione che assicura il diritto al rispetto della vita privata nonché l'articolo 2 del Protocollo n. 2 che garantisce il diritto all'istruzione⁵³⁵. La Corte europea, *in primis*, nell'analizzare il ricorso, ha precisato che le norme della Convenzione non possono essere interpretate o applicate al di fuori del contesto generale nel quale si iscrivono, parte dalla constatazione che le esigenze di conservazione del patrimonio culturale sono oggetto di considerazione da parte della collettività e che sul piano internazionale⁵³⁶,

⁵³⁴ Ricorso 6080/06, *Ahnvay et Autres c. Turquie*

⁵³⁵ Z. AHUNBAY et autres contre la Turquie par. 17. “Concernant le plan de déplacement de certains monuments d’Hasankeyf, les requérants soulignent que ce plan relèverait de l’impossible et ne devrait pas être mis en œuvre, la grande partie des vestiges visées ne se prêtant pas à une telle manipulation. À cet égard, ils se réfèrent en particulier à la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (La Valette, 16 janvier 1992), en vigueur en Turquie depuis le 30 mai 2000. Ils rappellent que ce texte érige un principe universel pour la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine représentatif de toutes les formes d’expression culturelle ayant vu le jour tout au long de l’histoire d’un territoire donné, indépendamment du contexte politique qui règne dans ce territoire à tel ou tel moment. Partant, ils prient la Cour d’indiquer au Gouvernement des mesures préventives adéquates avant que le site d’Hasankeyf ne soit submergé, ou que les monuments ne soient indûment déplacés”.

⁵³⁶ La *Convenzione quadro sul valore del patrimonio culturale per la società*, più comunemente detta *Convenzione di Faro* è entrata in vigore il 1 giugno 2011, ha come scopo il riconoscimento del valore che per la società hanno il patrimonio culturale e la cultura visti come realtà dinamiche, risultanti dagli scambi tra le creazioni dell'uomo trasmesse nel passato e quelle che l'umanità trasmetterà nel futuro. La Convenzione affronta la dimensione sociale del patrimonio spostandosi dal diritto del patrimonio, inteso come la definizione delle modalità della sua conservazione, al diritto al patrimonio, affrontando le ragioni e i modi della sua valorizzazione. La conservazione del patrimonio culturale non è fine a se stessa, ne è solamente in relazione con il suo valore intrinseco, scientifico o estetico ma ha come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità di vita (art.1, lett. c). Il patrimonio culturale secondo la Convenzione quadro è un insieme di risorse ereditate del passato, identificate come espressione dei valori, credenze, conoscenze e tradizioni di una comunità patrimoniale (art. 2 lett. b) che sono in costante evoluzione (art. 2, lett. a). La definizione di patrimonio culturale data nella Convenzione, la più ampia tra quelle proposte dai vari strumenti internazionali tiene conto anche della dimensione ambientale,(persino più ampia rispetto alla

con vari atti vincolanti e di *soft law*, si è sviluppato un quadro normativo volto a tutelare il diritto di accesso alla tutela dei siti archeologici e culturali⁵³⁷. Tuttavia, preso atto di ciò, secondo Strasburgo tale protezione è collegata ai diritti delle minoranze a godere liberamente della propria cultura, così come al diritto dei popoli indigeni di conservare, controllare e proteggere il patrimonio culturale. Pertanto, in ragione di questi limiti, manca ancora un consenso europeo che si conformi con una tendenza diffusa tra gli Stati membri⁵³⁸ del Consiglio d'Europa che possa far desumere dalle disposizioni della Convenzione che esista un diritto individuale alla protezione del patrimonio culturale in quanto tale.

Pertanto, appare essere, ad oggi, ben lontani dalla possibilità di riconoscere, a livello europeo, l'esistenza di un diritto individuale universale alla protezione del patrimonio culturale specialmente se si considera la Corte Edu più come un organismo di supervisione piuttosto che di revisione⁵³⁹.

Tale sintesi non deve tuttavia stupire, in quanto risulta difficile affermare l'esistenza di una vera e propria politica comune dell'Unione Europea in

materia tutelata dalla includendo nel patrimonio culturale tutti gli aspetti dell'ambiente derivati dall'interazione tra persone e luoghi nel tempo (art. 2, lett. b).

⁵³⁷ M. CASTELLANETA, *Inammissibile il ricorso alla CEDU per la tutela del patrimonio culturale – ECHR: inadmissible the application concerning the protection of cultural heritage*, FEBBRAIO 28, 2019 in *Notizie e commenti sul diritto internazionale dell'unione europea*, 2019.

⁵³⁸ La *Convenzione culturale europea* è stata firmata a Parigi, il 19 dicembre 1954 ed è entrata in vigore il 5 maggio 1955. La Convenzione tratta la nozione di patrimonio culturale comune dell'Europa (art. 1) che verrà successivamente ripresa da altre convenzioni. Fanno parte del "patrimonio culturale" i beni che ogni Stato Contraente considererà di valore culturale europeo e per i quali prenderà misure necessarie a salvaguardarli e ne faciliterà l'accesso (art. 5). La *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*, aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, a Londra, il 6 maggio 1969, è entrata in vigore il 20 novembre 1970. Il preambolo parla dell'importanza del patrimonio archeologico in quanto elemento essenziale per la conoscenza del passato della civiltà e si prevede come la responsabilità della sua protezione incomba non solo allo Stato direttamente interessato ma anche all'insieme dei paesi europei. Finalità della Convenzione è la protezione del patrimonio archeologico in quanto fonte di *memoria collettiva europea* e strumento di studio storico e scientifico (art. 1, par. 1). Ogni Stato parte si impegna, inoltre, ad adottare un sistema giuridico per la protezione del patrimonio archeologico (art. 2), alla conservazione integrata del patrimonio archeologico, realizzabile attraverso una collaborazione tra archeologi, urbanisti e responsabili del riassetto del territorio (art. 5). Per il finanziamento della ricerca e la conservazione archeologica le parti s'impegnano a prevedere un sostegno finanziario (art. 6).

⁵³⁹ A. VINCENT DE GAETANO, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu* in <https://www.questionegiustizia.it/>.

questo ambito causa la scarsità di competenze che i trattati, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, attribuiscono all'Unione⁵⁴⁰.

In tale constatazione non nuoce, peraltro, alla possibilità di individuare un rilievo della questione non solo nell'esperienza comunitaria in generale, ma anche sul piano della disciplina giuridica dell'ordinamento dell'Unione. D'altra parte, invece, la Costituzione italiana, d'altronde è nota per essere una "Costituzione culturale", delineata, oltre che dall'art.9, dagli articoli 33, 34, 117 e 118, è altresì un prisma complesso, che ben esprime la funzione sistemica della cultura, intesa nelle sue molte forme, come fattore essenziale di integrazione politica e sociale entro il paradigma della democrazia pluralista⁵⁴¹. Nell'ambito della categoria del "patrimonio culturale" s'individuano normalmente due *species*: i beni culturali (storici, artistici, etnoantropologici, archeologici) e quelli paesaggistici e si afferma che la protezione della libertà comprenda sia l'attività sia il suo risultato. Pertanto, il bene culturale ha in sé una duplice natura: è sia "*bene immateriale*" opera dell'ingegno, sia "*res bene culturale*". In tale ottica, la fruizione del bene culturale incardina l'oggetto di un diritto soggettivo proprio, che lo distingue dalla proprietà o altro diritto reale o di godimento sul bene; anzi lo stesso assume rilievo in presenza di una proprietà aliena sul bene culturale e a prescindere dal regime di proprietà pubblica o privata⁵⁴².

⁵⁴⁰ L'Unione europea, ormai dotata di personalità giuridica, si sostituisce alla Comunità europea 1. Quindi, con il trattato di Lisbona, scompare la struttura in pilastri e l'Unione ha un nuovo quadro istituzionale. Conseguentemente, come le istituzioni che cambiano denominazione, l'istituzione prende il nome di Corte di giustizia dell'Unione europea che comprende la Corte di giustizia, il Tribunale, i Tribunali specializzati.

⁵⁴¹ F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale, profili giuridici e tecniche di tutela*, (a cura di) E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO, Ed. RomaTre Press, 2017

⁵⁴² Sul punto AA.VV., *Titolarità pubblica a regolazione dei beni*, *Annuario Aipda* 2003, Milano, 2004; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254; S. RODOTÀ, Art. 42, in *Comm. Cost.* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 69 ss.; M. S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 445; P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1962; S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; ID., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; G. COLOMBINI, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009; M. RENNA, *Beni pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.* Cassese, I, Milano, 2006, 714 ss.; M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dfr. econ.*, 2009, 11 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*,

“Il patrimonio esistente è insieme fattore di ricchezza presente, ma soprattutto di ricchezza futura, poiché la sua conoscenza non si esaurisce in un mero godimento estetico attuale, ma incentiva e orienta alla creazione di nuova cultura, di nuova arte, e dunque di nuovo patrimonio, materiale e immateriale (mi pare dunque una felice sintesi la formula “ereditare il futuro” con cui Lorenzo Casini ha intitolato un suo recentissimo libro in materia)⁵⁴³”.

Fin dalla metà degli anni ottanta l’Italia ha dimostrato di sviluppare una particolare sensibilità verso il valore estetico-culturale⁵⁴⁴ attraverso una sua elevazione a valore costituzionale primario all’interno della Costituzione accogliendo la visione soggettiva del concetto di “bello”⁵⁴⁵, strettamente legato alla cultura sociale e ideologica dell’osservatore dalla quale promana. Tale relatività del bello⁵⁴⁶, accostato al buono e al giusto⁵⁴⁷, non può non essere tenuto in considerazione nel riverbero normativo locale per il quale è più semplice esprimersi per il tramite di elenchi di beni piuttosto che per definizioni. Difatti l’art.2 co. 2 del Codice elenca come beni culturali le cose mobili e immobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, nonché *“le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà”*.

in Contratto e Impr., 2011, 1014; da ultimo: L. MERCATI, *I beni pubblici*; in Enciclopedia Treccani 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/beni~pubblici_\(Dirittoonline\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/beni~pubblici_(Dirittoonline)); A. LALLI, *I beni pubblici*, Napoli, 2015, spec. 239 ss.; G. MANFREDI, *La tutela proprietari: l’immateriale economico nei beni culturali*, in *L’immateriale economico nei beni culturali*, a cura di G. Morbidelli e A. Bartolini, Torino, 2016, 121 ss.

⁵⁴³ Opt. cit. RIMOLI p. 92

⁵⁴⁴ Sentenze nn.151,152,153/86, e nn.182 e 183/06.

⁵⁴⁵ Opt. cit. RIMOLI, p. 106

⁵⁴⁶ M. S. GIANNINI, a proposito del bene culturale, introduce un concetto “liminale”, che potrebbe acquisire un’accezione negativa se vista con la prospettiva eurocentrica, a scapito delle altre concezioni di cultural heritage. C. PINELLI, *Massimo Severo Giannini costituzionalista* in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc. 3/2015.

⁵⁴⁷ L’espressione kalokagathia (in greco antico: καλοκαγαθία) indica nella cultura greca del V secolo a.C. l’ideale di perfezione fisica e morale dell’uomo. Il termine si origina dalla sostantivazione di una coppia di aggettivi: καλός κάγαθός, (kalòs kagathòs), crasi di καλός και άγαθός, (kalòs kai agathòs). In particolare, il termine è diventato, a partire dalla filosofia platonica, un sinonimo di giustizia.

Detta sensibilità si è poi sviluppata nell'affermazione, senza indugi, del riconoscimento personalistico del diritto al patrimonio culturale ed in senso lato alla cultura. La Corte⁵⁴⁸, nel riaffermare il carattere strumentale ed attuativo del d.lgs 42/2004, ribadisce l'importanza di conservare l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché alla loro protezione e conservazione, rimettendo invece alle Regioni, ai fini della valorizzazione, la disciplina e l'esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza e utilizzazione e fruizione di quel patrimonio e, perciò – secondo i principi di cui agli articoli 111 e seguenti del codice⁵⁴⁹.

Dall'analisi dell'agire delle Corti deputate alla tutela della garanzia e della effettività dei diritti sociali è possibile trarre un carattere emergente, che è quello della strumentalità rispetto alla tutela dei diritti che orbitano attorno al benessere della persona e con essa, si evolvono⁵⁵⁰.

IV.4. Il principio personalistico della costituzione: la persona, il “vulnus” dei diritti

L'art. 2 della Costituzione introduce tre principi legati tra loro da un'intima connessione ovvero il principio personalista⁵⁵¹; quello del pluralismo

⁵⁴⁸ Sentenza n. 194/2013.

⁵⁴⁹ Nella copiosa produzione giurisprudenziale sul tema dell'attribuzione di competenza fra Stato e Regioni, si afferma il principio per cui il patrimonio culturale, non può essere per così dire frantumato in quanto unitariamente esso costituisce la memoria dell'intera comunità nazionale e il corpus normativo, non solo costituzionale, è univoco in tal senso. Numerose sono nel Codice dei Beni Culturali le disposizioni volte a sancire obblighi, procedure e competenze per una tutela efficace (articoli 88, 89, 90) riservata solo allo Stato e non è consentito alle regioni di intervenire con propria legge a modificare le previste forme di tutela. (*ex multis* sentenza n. 140/2015 M. BELLOCCI e P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «ambiente» e di «beni culturali»*, in www.cortecostituzionale.it 2016.

⁵⁵⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, II ed., Giappichelli, Torino 2005, pp. 141 ss.

⁵⁵¹ Sul principio personalistico nella costituzione, Cfr, fra molti, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it* n. 17/2013; A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, 2013 cit., 274 ss.; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, 1994 Milano; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in L. VENTURA (a cura di), *I principi costituzionali*, in corso di stampa, 2013; C. SALAZAR, *Il principio di legalità*, in L. VENTURA (a cura di), *I principi costituzionali*, in corso di stampa. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed*

sociale⁵⁵²; e, infine, quello solidarista⁵⁵³. Con riferimento al principio personalista, questo trova fondamento nel dettato “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*” e rappresenta un principio cardine attorno al quale il sistema si fonda. L’affermazione di tale principio indica la volontà di porre al centro del sistema la persona umana. A fronte di tale affermazione, lo Stato, assume una funzione strumentale di garanzia e di pieno sviluppo dell’umanità. La scelta dei padri costituenti del termine “riconosce” presuppone, inoltre, l’anteriorità dei diritti dell’uomo rispetto allo Stato stesso il quale non si attribuisce il merito di una loro creazione, ma di un loro riconoscimento e quindi accoglimento.

I cd. diritti inviolabili, ovvero di quei diritti che ruotano attorno alla persona e che i pubblici poteri non possono né eliminare, né tanto meno mettere in discussione, sono da considerarsi non soltanto i diritti che la Costituzione

eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo, Laterza, Roma-Bari 2009; V. BALDINI, Sussidiarietà e valore personalista nello Stato costituzionale di diritto, in V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Satura, Napoli, 2007, p. 57 ss.

⁵⁵² Secondo la dottrina maggioritaria, il diritto alla salute va inquadrato nella categoria dei diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost. e va considerato quale diritto soggettivo perfetto, direttamente tutelabile di fronte al giudice ordinario: esso costituisce, pertanto, un autonomo e primario diritto fondamentale della persona umana, qualificabile “...non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo, ... diritto primario ed assoluto”: Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giust. cost.*, 1979, I, 656. In dottrina, tra gli altri, A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 26; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 176; M. LUCIANI, *Salute I*, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, in *Istituto di Medicina sociale*, Roma, 1952; F. PERGOLES, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corso di aggiornamento in diritto sanitario*, Empoli, 1961. Inoltre, F. TOMMASEO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di diritto alla salute*, in *Studium iuris*, 2000, 404 ss.; ma anche, in generale, Principato, *L’immediata precettività dei diritti sociali ed il «contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1998, 3853 ss., il quale compie anche un’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale del diritto alla salute; CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, VI, Torino 1986, 913 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, ivi, 1984, 21 ss.; SANTILLI-GIUSTI, *Salute II*, *Diritto alla salute (dir. civ.)*, ivi, Roma 1991, *ad vocem*; S. MURAGLIA, *Salute III*, *Diritto alla salute (dir. lav.)*, ivi, Roma 1991, *ad vocem*; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1973, 433 ss.; Id., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e mal. prof.*, 1961, 53 ss., il quale collega l’art. 32 ai “principi fondamentali”.

⁵⁵³ “*Tutti i cittadini sono tenuti ad adempiere ai «doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale»*”. Il principio solidarista esprime la necessaria partecipazione alla vita pubblica e responsabilizzazione dei consociati ad es.: dovere di svolgere un’attività lavorativa (art. 4), dovere di difendere la patria (art. 52); obbligo di contribuire alle spese pubbliche secondo un criterio di proporzionalità (art. 53) e quindi alla garanzia del funzionamento dello Stato e dell’erogazione dei servizi e dell’assistenza pubblica.

espressamente definisce tali⁵⁵⁴, ma tutti quei diritti il cui riconoscimento è parte integrante della forma di Stato democratico, sociale e di diritto. Ed è proprio in base a tale argomento che la Corte costituzionale nel corso delle sue sentenze⁵⁵⁵ ha, ad esempio, definito inviolabili il diritto alla vita, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, il diritto alla salute, etc. Inoltre, l'art. 2 Cost. non rappresenta una clausola riassuntiva dei diritti espressamente indicati nella prima parte della Costituzione, ma una clausola aperta in grado di offrire tutela e protezione anche a valori e interessi nuovi⁵⁵⁶.

Infine, per quanto riguarda la titolarità dei diritti ovvero i soggetti cui tali diritti sono riconosciuti, è evidente che, se il principio personalista si pone quale fine ultimo quello di porre al centro la persona umana, i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica e, dunque, non in quanto cittadini, ma in quanto esseri umani.

Nel novero dei diritti inviolabili vi ricopre un ruolo preminente, certamente, il diritto alla salute. Quest'ultimo, infatti, in qualità di espressione diretta dell'integrità fisica e psichica, si sostanzia sia nel senso di poter ricevere trattamenti medici di prevenzione e cura, sia nel senso di poter godere di un ambiente di vita sana e lavoro salubre⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Libertà personale, art. 13 Cost.; di domicilio, art. 14 Cost.; libertà e segretezza della corrispondenza, art. 15 Cost. e diritto di difesa, art. 24 Cost.

⁵⁵⁵ Nel senso di definire la cornice unificante di un catalogo di diritti costituzionali assai articolato C. Cost., sent. n. 29 del 1962; C.cost., sent. n. 215/1987; sent. n. 33 del 1974; sent. n. 13 del 1994 in cui si sottolinea che i diritti formano un patrimonio irrinunciabile della persona umana. Nella dottrina: A.BALDASSARRE, A. BARBERA, A. PACE, P. RIDOLA;

⁵⁵⁶ A titolo meramente esemplificativo si pensi al diritto alla privacy che, pur non essendo espressamente previsto in Costituzione, riceve tutela proprio grazie alla lettura dell'art. 2 come norma a fattispecie aperta, o ancora al fatto che sulla base di questa lettura la Corte ha invitato da vari anni a dare forme di riconoscimento alle stabili convivenze eterosessuali e dal 2010 a provvedere anche a una puntuale regolamentazione delle unioni civili tra persone omosessuali.

⁵⁵⁷ la definizione che l'Enciclopedia giuridica Treccani dà al concetto di "salute": per salute si intende lo stato di benessere fisico e psichico, espressione di normalità strutturale e funzionale dell'organismo considerato nel suo insieme; il concetto di salute non corrisponde pertanto alla semplice assenza di malattie o di lesioni evolutive in atto, di deficit funzionali, di gravi mutilazioni, di rilevanti fenomeni patologici, ma esprime una condizione di complessiva efficienza psicofisica. Nel 1946 l'OMS ha definito la salute come uno stato di

La portata del principio personalistico che nel nostro sistema giuridico invade le sfere sia del diritto amministrativo,⁵⁵⁸ civile e penale, si riflette sul modo di intendere, e quindi anche di garantire, i diritti sociali si comprende a fondo solo mettendolo in relazione con il principio di eguaglianza sostanziale. L'affermazione per cui l'attuale Stato sociale di diritto pone al centro dei propri temi la persona, non appare quindi sufficiente a comprendere le dinamiche con cui ciò si realizza nè le modalità con cui si riflette diritti dei singoli e sulla doverosità delle istituzioni di garantire la soddisfazione: occorre, infatti, definire *in primis* l'idea di persona che soggiace a tale principio. Due sono le prospettive legate alla persona che domina al centro dei diritti inviolabili, la persona in astratto ed una in concreto. Quella in astratto è si fa promotrice di un patrimonio di caratteri, esigenze unitarie in quanto rappresenta i caratteri fondamentali e comuni, mentre la persona in concreto deve essere intesa, necessariamente nella sua diversificazione esattamente come diversi sono gli individui.

La comprensione della natura della "persona" influisce certamente sulla tutela apprestata dalla Repubblica. Questa differenza assume rilievo soprattutto su temi di particolare rilevanza e delicatezza come quello della dignità⁵⁵⁹ umana: se infatti si intende la persona in astratto, sarà maggiormente confacente un approccio volto all'eterodeterminazione di regole e di forme di tutela, da taluni considerati espressione del sentire comune espresso dalla maggioranza; diversamente, l'approccio alla persona

completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo come assenza di malattie e infermità, anche la qualità della vita ha assunto il significato di uno stato di benessere fisico e psichico.

⁵⁵⁸ In tal senso si esprime P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in AA.VV. *Persona e Amministrazione* (a cura di) L. PERFETTI, Ed. On line Università Urbino, 2017.

⁵⁵⁹ In altre parole, un individuo, potrebbe dover essere difeso da se stesso, laddove intenda, ad esempio, realizzare il proprio bene in modi che altri, la maggioranza magari, considera invece lesiva dei diritti fondamentali e con ciò della dignità della persona, astrattamente intesa. Alcuni giuristi (M.R. MARELLA), in questa prospettiva, hanno messo in guardia di fronte a certi impieghi dell'argomento della "dignità dell'uomo", che pure alcune costituzioni come quella tedesca, in ciò ripresa anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), contemplano espressamente. Quando allo Stato è riconosciuto il potere non solo di tutelare, ma anche di predefinire il contenuto della dignità dell'uomo, quest'ultima rischia di essere eterodeterminata sulla base dell'identità dominante all'interno di un gruppo, divenendo strumento di imposizione di valori maggioritari anche contro le scelte che i singoli facciano nell'esercizio della propria autodeterminazione.

in concreto è espressione di una maggiore autodeterminazione. Si pensi al dettato dell'art. 32 Cost., dal quale emerge che il diritto appartiene al singolo, ma l'interesse alla salute dell'individuo appartiene alla società⁵⁶⁰. Tale disposizione, infatti ha aperto la strada normativa per lo sviluppo di quegli interventi per la cura della persona che prescindono dalla volontà della stessa di essere curata, come per esempio l'intervento di TSO disciplinato dalle L. n. 180/78 (Accertamenti e Trattamenti sanitari volontari e obbligatori, cd Legge Basaglia) e la n. 833/78 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale) che disciplina i poteri del sindaco, ai sensi degli artt. 33 3° comma della l. n. 833/78, nonché ai sensi dell'art. 50 comma 5° T.U.E.L. (Testo Unico Enti Locali), in qualità di Autorità sanitaria locale e titolare del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti.

Anche la resistenza normativa ad un riconoscimento dell'eutanasia al di fuori del contesto della normativa⁵⁶¹ e giurisprudenza⁵⁶² sul fine vita⁵⁶³ si pone sul filo -talvolta sottile- di demarcazione fra la persona in astratto e quella in concreto.

Ebbene, quanto alla qualificazione del diritto alla cultura, si opera un ritorno sul piano normativo interno, per il quale è possibile affermare che la "Costituzione culturale" italiana declina il concetto di cultura su tre diversi livelli.

Il primo livello Il primo livello, espresso dai due commi che compongono l'art. 9, che letti congiuntamente delineano la centralità del fenomeno culturale e dell'attività di ricerca scientifica e tecnica ribadendo il ruolo della

⁵⁶⁰ Corte cost., sent. n.88\1979 "*Il bene della salute è direttamente tutelato dalla Costituzione non solo come interesse fondamentale della collettività, ma anche come diritto fondamentale dell'individuo, pienamente operante nei rapporti fra privati e risarcibile indipendentemente da qualsiasi riflesso sull'attitudine del danneggiato a produrre reddito.*"

⁵⁶¹ Il 14 dicembre 2017 il Parlamento italiano ha approvato la legge sulle Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT). La legge n. 219 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 16 gennaio 2018, ed è entrata in vigore il giorno 31 gennaio 2018.

⁵⁶² Con sentenza 242/2019 la Corte costituzionale, grazie alla disobbedienza civile di Marco Cappato per l'aiuto fornito a Dj Fabo, ha riconosciuto anche il diritto al suicidio medicalmente assistito per le persone che ne formulino richiesta in piena lucidità, con patologia irreversibile, insopportabili sofferenze fisiche o psichiche e tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale.

⁵⁶³ In Italia, la Costituzione riconosce che nessuno può essere obbligato ad alcun trattamento sanitario contro la propria volontà e prevede altresì che la libertà personale è inviolabile.

cultura quale promotore di sviluppo sociale per una Repubblica, come quella Italiana, che si identifica rispetto al resto del mondo per l'immensità delle tracce storiche e artistiche che raccontano la razza umana. Infatti se nel primo comma guarda al futuro attraverso una profonda conoscenza e tutela del passato, ed il secondo comma, dove, invece il Costituente ha saputo tutelare il paesaggio e il "patrimonio storico e artistico della Nazione"⁵⁶⁴.

Invero, il secondo livello si legge tra i dettati degli artt. 33 e 34 Cost. considera il fenomeno culturale con quelli della creazione artistica e della ricerca scientifica. Ricollegando il tema in oggetto al tema della relazione tra l'etica e l'estetica - kalokagathia-⁵⁶⁵, è possibile desumere che da taluni articoli, la costituzione promana la trasmissione di valori ideologicamente connotati e, tra essi, di valori estetici che ne sono un'espressione specifica, e che tuttavia, in un assetto pluralista, non possono porsi come assoluti ma come relativi alle singole culture.

Appare quindi fondamentale, il ruolo dello Stato ed il suo dovere nel formare il cittadino a saper leggere e a saper percepire correttamente la dimensione estetico-culturale come valore in sé è determinante per l'efficacia di ogni

⁵⁶⁴ L'inclusione di tale previsione in Costituzione, per di più tra i principi fondamentali, si deve a due illustri esponenti quali Aldo Moro e Concetto Marchesi, i quali sfidarono la ritrosia di gran parte dei Costituenti, secondo i quali la norma era del tutto superflua e avrebbe solo appesantito inutilmente la Carta fondamentale. Così ad esempio Edoardo Clerici, secondo cui "... la Costituzione afferma cose che possono essere controverse [...] non cose che sono pacifiche. Altrimenti, se dovessimo mettere nella Costituzione tutto ciò che è evidente e pacifico, per quale ragione non dovremmo dire che la lingua che usiamo è la lingua italiana, e che usiamo le lettere latine e le cifre arabe?". Dello stesso avviso Paolo Rossi, secondo cui "L'arte e la scienza sono la libertà stessa nella sua forma più alta: dire che arte e scienza sono libere è come dire che la libertà è libera!", un enunciato appunto inutile, ovvio e ridondante. Fu dunque soprattutto grazie alla determinazione di Marchesi se la norma vide la luce: egli obiettò infatti che se è vero che arte e scienza sono mere astrazioni, per cui non sono di per sé né libere né serve, è altrettanto vero che le manifestazioni del genio artistico e le teorie scientifiche possono essere oggetto di censura e come tali vanno tutelate. Una delle motivazioni avanzate dal Marchesi riportarono alla mente dei Costituenti la recente politica repressiva operata dalla dittatura fascista su arte e cultura, rinnovando il monito affinché quanto accaduto non potesse più ripetersi.

⁵⁶⁵ Sul tema fra l'etica e l'estetica, L. ZOJA, *Giustizia e bellezza*, Ed. Bollati Boringhieri, 2007 L'autore, partendo dai valori del bello e del buono - valori che nell'antica greca erano legati al concetto stesso di giustizia e che richiamavano a sé il legame tra etica ed estetica, analizza il momento in cui, nella società occidentale, tale legame ha trovato la definitiva separazione - con l'arrivo del protestantesimo e la nascita dell'essentialismo americano-. Sul punto, G. PAOLINELLI, *Giustizia e bellezza: Luigi Zoja sulla loro separazione* in *Ricerca* per la protezione del paesaggio, 2009, interpreta il libro dello psicoanalista attraverso una chiave di lettura per la reinterpretazione del paesaggio.

successiva attività dei poteri pubblici, dalla tutela alla valorizzazione alla fruizione⁵⁶⁶.

Il terzo ed ultimo livello dal quale emana la “costituzione culturale” italiana, afferisce al profilo organizzativo, inerente alla distribuzione delle competenze - artt. 117 e 118 -.

Da quanto appena detto, appare, che i diritti maggiormente legati alla cultura e all’istruzione, siano maggiormente aderenti al secondo principio espresso dal citato art. 2, ovvero quello del pluralismo sociale, il quale si ricava dal inciso in base al quale i diritti dell’uomo sono riconosciuti anche “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”. Secondo questo principio l’art.2 promuove sia il pluralismo in quanto tale e, dunque, la libertà delle formazioni sociali delle quali viene riconosciuto il valore fondativo per l’assetto costituzionale italiano; sia il pluralismo delle formazioni sociali ove si svolge la personalità e che hanno quindi la capacità di favorire lo sviluppo della persona umana; sia le libertà dell’uomo all’interno delle formazioni sociali stesse⁵⁶⁷.

Quanto appena esposto, si pone l’obiettivo di dimostrare, che i due sistemi, quello culturale e quello sanitario, parlano sempre di più un linguaggio che mette al centro dei propri interessi la persona. La persona al centro delle proprie considerazioni è pertanto un ponte verso l’orizzonte di un nuovo servizio integrato sanitario- culturale.

⁵⁶⁶ La legge-delega 53/2003 introduce la norma del diritto-dovere all' istruzione e alla formazione per almeno dodici anni, attribuendole la funzione di ridefinire ed ampliare l' obbligo d' istruzione sancito dall' art. 34 della Costituzione e l'obbligo formativo disposto dall' art. 68 della L 144/1999. Si può dunque ritenere che il diritto all' istruzione entri a far parte del diritto positivo con la legge 9/1999. Precedentemente, in mancanza di una norma di legge sul diritto all' istruzione nella scuola dell' obbligo, se ne sosteneva l' esistenza come derivato logico dell' obbligo costituzionale d' istruzione. La dizione era comparsa in verità nel DPR 104/1985 (Premessa generale dei Programmi per la scuola primaria del 1985, par. "Alunni in difficoltà di apprendimento ed integrazione di soggetti portatori di handicap") e nell' art. 12,c.2 della L 104/1992, con valore limitato alle sole persone handicappate

⁵⁶⁷ Nella sent. n. 138/2010 in cui la Corte costituzionale, riprendendo quanto già affermato dal legislatore, inquadra il fenomeno delle unioni civili tra persone omosessuali usando il concetto di formazione sociale, evidenziando come tale nozione ricomprenda “anche l’unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

IV.5. Servizio sanitario-culturale: l'immaterialità dei beni e le possibili prospettive

Al fine di sondare nuovi terreni definatori all'interno del quale ricercare possibili prospettive che possano accogliere il concetto di diritto sanitario-culturale, quale diritto soggettivo al ricevere servizi che integrino cultura e salute, appare opportuno ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione stessa della concezione stessa di salute e di cultura.

La nozione di salute in primis, si è evoluta di pari passo con l'evolversi delle necessità legate ai bisogni della persona⁵⁶⁸. Se infatti la nozione nasce con un'accezione formulata al negativo, intesa come assenza della malattia⁵⁶⁹, legata per lo più all'integrità fisica e funzionale del corpo e della mente, questa visione è stata superata a partire dalla metà del secolo scorso.

Tale trasformazione è da ricollocarsi al termine del secondo conflitto mondiale, quando di fronte agli orrori prodotti dalla guerra, avverso la stessa razza umana, le Nazioni hanno espresso l'esigenza di fornire una maggiore forma di tutela alla persona al fine di prevenire il ripetersi dei suddetti eventi. L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adotta la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'Italia adotta la Costituzione, ed in essa si assicura di porre la persona al di sopra degli interessi politici, come già visto, viene istituita l'Organizzazione Mondiale della sanità la quale definisce sin dall'atto costitutivo la salute quale *"stato di totale benessere fisico, mentale e sociale"*. Con tali parole, la coscienza collettiva normativa prende atto che

⁵⁶⁸ Con l'unificazione, (1861) la Carta fondamentale del Regno d'Italia è divenuto lo Statuto del Regno di Sardegna, promulgato il 4 marzo 1848 dal re Carlo Alberto (conosciuto, per questo, come Statuto albertino). Lo Statuto conteneva un elenco assai limitato di diritti dei cittadini, poneva al centro dell'attenzione soprattutto il diritto di proprietà -art. 29 *"Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili"*- conteneva un elenco piuttosto parsimonioso di diritti di libertà; fra i diritti politici riconosceva solo indirettamente il diritto di voto; non menzionava affatto – appunto – i diritti sociali, del tutto trascurati dalla norma generale sui diritti.

⁵⁶⁹ L'Italia ha aderito ufficialmente all'OMS in data 11 aprile 1947. Secondo la Costituzione dell'OMS, l'obiettivo dell'Organizzazione è *"il raggiungimento, da parte di tutte le popolazioni, del più alto livello possibile di salute"*, definita come *"uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale"* e non semplicemente *"assenza di malattie o infermità"*.

la salute afferisce non solamente all'aspetto fisico-funzionale, ma che afferisce altresì alla dimensione civile e sociale⁵⁷⁰.

Negli anni 70 si è diffusa una dimensione identitaria e personale del concetto di salute⁵⁷¹, ovvero legata anche alla percezione di salute e di benessere che il singolo poteva o meno percepire, tale orientamento ha trovato accoglimento da alcuni interventi legislativi, come ad esempio la L. 194 del 1978, la quale introduce l'interruzione volontaria di gravidanza, oppure la L. 164 del 1982 che accompagna la persona attraverso il suo percorso di transizione verso un genere diverso rispetto a quello della nascita.

Nel 1986 la Carta di Ottawa adottata dagli Stati membri dell'OMS riconosce che per raggiungere uno stato di completo benessere fisico e sociale *"an individual or group must be able to identify needs, and to change or cope with the environment"*⁵⁷².

Anche la giurisprudenza, ha acquisito l'evoluzione del concetto di salute, si pensi alla sentenza n. 161 della Corte Costituzionale la quale afferma⁵⁷³ che la persona transessuale, attraverso l'intervento chirurgico vede riconosciuta la propria identità e raggiunge *"lo stato di benessere in cui consiste la salute"*.

Nel 1999 la fusione definitiva tra persona e salute è avvenuta con la sentenza n. 309 del 1999 della Corte Costituzionale per cui risulta impossibile fornire una definizione oggettiva di salute, trovando invece maggiormente corretto ricondurre la salute ad un ambito inviolabile della vita umana, che incarna

⁵⁷⁰ V. MAPELLI, *Prepariamo il futuro del servizio sanitario nazionale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2021, vol. 51, fasc. 2, pp. 5-9; G. VICARELLI, E. SPINA, *Disuguaglianze e Servizio Sanitario Nazionale: una contraddizione irrisolvibile?*, in *Politiche Sociali*, 2020, fasc. 1, pp. 77-102.

⁵⁷¹ M.A. MODOLO, *Il Servizio Sanitario: territorio e comunità* in *Salute umana*, 2021, fasc. 281, pp. 60-64.

⁵⁷² In occasione della Prima conferenza internazionale sulla promozione della salute, che si è svolta a Ottawa nel 1986, sono state tracciate le linee guida per un'azione globale e concertata. Obiettivo: il benessere psico-fisico della persona. La Carta di Ottawa, prodotto finale dell'assise canadese, pone al centro dell'attenzione l'uomo. Partendo da una concezione olistica dell'essere umano e della società, la Carta pone alla sua base una visione unitaria in cui come l'uomo è un tutt'uno e non una somma di parti separate, così l'organizzazione sociale è vista alla stregua di un insieme unitario. Di conseguenza tutti devono essere messi nelle condizioni migliori per poter raggiungere il proprio pieno potenziale di salute. Questa equità si ottiene però solo grazie all'intervento fattivo di tutti i soggetti chiamati in causa: governo, sanità pubblica e privata, organizzazioni non governative e mass media.

⁵⁷³ La Consulta si pronunciava sul ricorso avverso la citata L. 164 del 1982 sulla transizione transessuale.

uno degli strumenti di tutela, attraverso i quali l'ordinamento contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo⁵⁷⁴.

Risulta utile, ricordare che il ruolo che la Repubblica italiana assume, nei confronti della salute, è un ruolo attivo e non meramente riconoscitivo, e ciò è immediatamente percepibile dal dettato dell'art. 32 Cost⁵⁷⁵ per cui *“la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo”*⁵⁷⁶.

Altrettanto significativo è altresì la distinzione tra diritto dell'individuo e interesse dalla quale emerge chiaramente il riconoscimento del ruolo sociale della salute, come già illustrato nel paragrafo precedente. Ebbene, la giurisprudenza⁵⁷⁷ ha riconosciuto il diritto al risarcimento del cd. danno biologico inteso come danno derivante da lesione del bene salute a prescindere da qualsiasi conseguenza di ordine patrimoniale che si sia prodotta all'interno della sfera giuridica del danneggiato.

Si osserva, pertanto, come il concetto stesso di salute abbia superato la dimensione fisica per accogliere quella immateriale. La giurisprudenza⁵⁷⁸, espressa sia dalla Corte di Cassazione⁵⁷⁹ che dalla stessa Corte

⁵⁷⁴ La Carta di Ottawa si fa fautrice, dunque, di una teoria socio-ecologica della salute rivolta alle nazioni industrializzate, e non solo, che mira a creare le migliori condizioni possibili per un sano sviluppo dell'uomo in tutte le condizioni (lavoro, tempo libero) e nelle varie fasi di vita. Il documento prima di chiudersi con un significativo appello finale (rivolto all'Oms e altre organizzazioni internazionali) per la promozione della salute, invita tutti i partecipanti a favorire una politica pubblica per la salute; contrastare i prodotti dannosi, il depauperamento delle risorse, la denutrizione ecc.; mettere le persone al centro del discorso salute; riorientare i servizi sanitari; concepire la salute come un investimento sociale.

⁵⁷⁵ A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi*, 09/2018.

⁵⁷⁶ G. VICARELLI, E. SPINA, *Disuguaglianze e Servizio Sanitario Nazionale: una contraddizione irrisolvibile?*, In *Politiche Sociali*, 2020, fasc. 1, pp. 77-102 in cui l'autore si sofferma sulla concezione di un “universalismo selettivo” che sembrata utile per affrontare la contraddizione perdurante tra i principi della 833 e le risposte concretamente date, dalle regioni italiane, alla tutela della salute. In altri termini, l'attenzione ai bisogni differenziati della popolazione nei diversi contesti territoriali e l'autonomia concessa alle regioni di trovare, sia sul piano economico che organizzativo, le risposte più consone, ha aperto la strada ad una legittimazione delle differenze sanitarie.

⁵⁷⁷ sentenza n. 107 del 2012 e 202 del 1991.

⁵⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2003, n° 1601; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n° 5795; Cass. S.U., 31 gennaio 2002, n° 3798; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 2002, n° 2441

⁵⁷⁹ Si pensi alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n° 5172 del 1979 che – attraverso un'interpretazione estensiva degli artt. 2 e 32 Cost. – identifica il diritto alla salute anche come diritto all'ambiente salubre, la cui protezione è assimilata a quella propria dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana: “il diritto alla salute dell'individuo assume...un contenuto di socialità e di sicurezza”

Costituzionale⁵⁸⁰, ha utilizzato tale dimensione per fornire le basi per l'affermazione del diritto soggettivo all'ambiente salubre⁵⁸¹, fondato su un'interpretazione estensiva degli artt. 2, 3 e 32 Cost., per cui l'ambiente costituisce un "bene immateriale unitario". Il T.A.R. Lombardia ha ulteriormente precisato che *"l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini non è cedevole e non si degrada di fronte alle aspettative dei privati per il mero decorso del tempo"*⁵⁸².

Lo sviluppo di un sistema integrato sanitario culturale, nei termini e nei modi ivi descritti, in cui la cultura e le arti si responsabilizzano del ruolo al fine migliorare l'attuale substrato sociale e sanitario del Paese, potrebbe proporsi altresì fra le soluzioni per affrontare le molteplici conseguenze che la pandemia da Covid-19 ha causato⁵⁸³. La pandemia da Covid-19 ha fatto emergere la necessità di dover ripensare tutta la strategia delle politiche sanitarie⁵⁸⁴, all'interno di un quadro che non può che essere di riforma profonda di tutto l'assetto dei servizi sociosanitari, e in particolare di quelli territoriali⁵⁸⁵.

Definiti, pertanto, la salute, ci si chiede se sia possibile configurare in essa un bene immateriale, laddove per bene immateriale si intendono i beni che, per loro natura, non presentano un'identificazione materiale, concreta o

⁵⁸⁰ La Corte Costituzionale consacra definitivamente il diritto all'ambiente nel novero dei diritti soggettivi (cfr. sentenze nn. 210/1987 e 641/1987).

⁵⁸¹ N. COLACINO, La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza, in *Diritto e gestione dell'ambiente* n. 2/2001 per cui *"pur non assumendo un rilievo autonomo, la protezione dell'ambiente si è affermata come nuovo valore in grado di contribuire ad un più equo bilanciamento tra l'esercizio dei diritti umani espressamente riconosciuti dalla Convenzione e il principio generale del rispetto dell'individuo, cui l'intero sistema di garanzia CEDU è consacrato"*

⁵⁸² T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 agosto 2004, n°929

⁵⁸³ N. DENTICO, *Il diritto alla salute prima, durante e dopo il Coronavirus. I figli dissennati dei padri costituenti hanno lavorato per affossare il Servizio sanitario nazionale. Un errore fatale*, in *Altreconomia*, 2020, fasc. 225, pp. 21 e ss; sul tema di come il nostro SSN Italiano ha fatto fronte alla pandemia da Covid-19, si Veda il lavoro collettaneo a cura di G. VICARELLI e G. GIARELLI, *Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19, Problemi e proposte*, Ed. Franco Angeli, 2021; A. PIAGGESI, G. BINI, S. CARPI, B. PARRINI, S. BARGAGNA, *Neuropsichiatria Infantile e pandemia. La narrazione come risorsa ai tempi del Covid-19*, Vol. 64, n. 4, Sistema Salute, Rivista italiana di educazione sanitaria e promozione della salute. Ed.: Cultura e Salute Editore Perugia.

⁵⁸⁴ A. GHEBREYESUS, Eupha-Health Promotion et al., 2020.

⁵⁸⁵ S. NERI, *Più Stato e più Regioni. L'evoluzione della governance del Servizio sanitario nazionale e la pandemia* in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, fasc. 2, pp. 239- 255.

corporale ma acquistano rilevanza per l'ordinamento giuridico in relazione all'applicazione concreta di essi, a cui si riconosca tutela giuridica⁵⁸⁶.

Seppur nel novero della categoria dei cd. beni immateriali, vengono tradizionalmente collocati beni quali il diritto d'autore o di concessione pubblica⁵⁸⁷, la dottrina⁵⁸⁸ ha riconosciuto senza troppo sforzo anche i beni culturali⁵⁸⁹, il cui maggior risvolto, come si dirà a breve, si riversa soprattutto nella loro utilizzazione economica. Tuttavia, ci si domanda se sia possibile la collocazione del diritto alla salute, nel momento in cui trascende l'elemento fisico dell'assenza della malattia, quale bene immateriale che possa essere oggetto di un valore proprio patrimoniale. Ebbene, se infatti intendiamo la salute in senso olistico, come propone la finalità del presente lavoro, che prescindendo da uno stato di assenza di malattia che afferisce al benessere del corpo o della mente ed idoneo a coinvolgere, invece, un aspetto maggiormente complesso della persona ovvero il suo inserimento in una rete sociale o la consapevolezza delle proprie capacità, si sta, pertanto, indagando la possibilità di scorgere nella salute un bene certamente immateriale, la cui ricerca di definizione si scontra contro la complessità della persona stessa.

Sul tema dell'economicità derivante dall'utilizzazione di tale bene, si rimanda al ruolo dei privati⁵⁹⁰ nella possibile erogazione dei servizi integrati sanitari e culturali e sul possibile business che lo sviluppo delle imprese

⁵⁸⁶ P. CHIRULLI in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2019, p. 697 e ss.; R. GAROFOLI e G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo (parte generale e speciale)*, nel diritto Editore, XIV edizione, 2020-2021, pp. 1305 e ss.

⁵⁸⁷ I diritti di concessione sono concessi dallo Stato o dagli altri enti pubblici. Il possesso di questi diritti, rappresenta per il detentore un grande vantaggio economico e, per questo motivo, essi sono elementi del patrimonio. Inoltre, poiché sono destinati a cedere la loro utilità all'utilizzatore per lunghi periodi di tempo, per tale motivo rappresentano delle immobilizzazioni che, proprio perché prive del requisito della materialità, sono dette immateriali.

⁵⁸⁸ GIANNINII, *beni culturali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 1; nonché A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in Aedon, 2014, 1.

⁵⁸⁹ La Convenzione Unesco del 2003 ha ratificato, nella sua traduzione italiana, la locuzione "patrimonio culturale immateriale", che traduce l'inglese Intangible Cultural Heritage (ICH): una locuzione ormai normalizzata e individuata dall'acronimo PCI. Sulla formazione della locuzione "bene immateriale" legato ai beni culturali si veda R. TUCCI, *Beni culturali immateriali, patrimonio immateriale: qualche riflessione fra dicotomie, prassi, valorizzazione e sviluppo*, in Voci. Annuale di Scienze Umane, 2013, X, pp. 183-189.

⁵⁹⁰ Cap. IV del presente lavoro

culturali e creative potrebbero trarne. Altresì interessante appare la riflessione derivante dal risparmio economico che deriva dalla prevenzione; è infatti noto che il welfare attivo della prevenzione delle malattie⁵⁹¹, e dei disagi sociali rappresenta, pacificamente, un risparmio per lo Stato di una ben più complessa attività di intervento emergenziale.

Se per il diritto alla salute, il ruolo della persona è pacifico ed affonda le sue radici nella tradizione e al contempo nello sviluppo del diritto stesso, maggiormente problematico, appare, invero, il ruolo della persona all'interno del diritto alla cultura che necessita di un'apposita riflessione.

Detta analisi partirà dalla cultura quale bene immateriale per approdare al riconoscimento di un diritto soggettivo alla cultura affrontato con una prospettiva innovativa.

Un primo sforzo interpretativo del diritto alla cultura, ha evidenziato l'interpretazione cd. "estetizzante"⁵⁹², espressione dell'attuazione di una concezione statica⁵⁹³ del patrimonio culturale in coerenza con la disciplina legislativa previgente⁵⁹⁴.

Tuttavia, se si guarda alla costituzione nel suo insieme, emerge chiaramente che la protezione del patrimonio culturale è finalizzata allo sviluppo intellettuale della collettività, e, conseguentemente, la tutela del patrimonio culturale non può che essere concepita se non in termini dinamici ovvero *"tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del*

⁵⁹¹ M. SCHAUFELBERGER, *Prevenzione, come ridurre i costi sanitari e migliorare la qualità della nostra vita*, IN financialounge.com del 30 Marzo 2018;

⁵⁹² D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA, P.L. Sacco e M. SCUDERI, a cura di, *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, Arte e Critica, Anno XXI, Supplemento al n.80/81.

⁵⁹³ F. MERUSI, Art. 9, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione (Articoli 1-12)*, Bologna-Roma, 1975, pp. 437 "sul 2° comma dell'art. in esame gravano, peraltro, due ipoteche che hanno condizionato e condizionano, il dibattito dottrinale e l'interpretazione giurisprudenziale della norma: il riferimento alla legislazione ordinaria esistente al momento in cui fu elaborata la norma costituzionale e la mancanza di ulteriori esplicazioni costituzionali sui modi attraverso i quali dovrebbe essere realizzata la tutela del paesaggio e del patrimonio artistico. C'è anzi da aggiungere che i due profili negativi possono essere considerati strettamente connessi e, come tali giustificativi del contenuto alquanto sintetico della norma costituzionale: la norma altro non sarebbe che una «sublimazione» della legislazione esistente al momento della elaborazione della carta costituzionale (...)"

⁵⁹⁴ L'interpretazione legge l'art. 9, ed in particolare il co. 2, come una sorta di "costituzionalizzazione" dei valori espressi dalle Leggi Bottai, che, peraltro, accoglie i modi e le procedure di tutela della legislazione ordinaria "sublimata".

paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente"⁵⁹⁵.

Il presente lavoro, infatti cavalcando la consolidata interpretazione del patrimonio culturale⁵⁹⁶ quale bene dinamico⁵⁹⁷, bacino di formazione della personalità identitaria e sociale⁵⁹⁸, mira a promuovere una cultura del benessere in cui lo Stato assume il ruolo di educare al benessere attraverso la cultura e viceversa, promuovere la cultura attraverso il benessere⁵⁹⁹.

Lo Stato⁶⁰⁰, di fatto implementando il proprio ruolo di detentore nel compito di formare la persona all'interno della società⁶⁰¹ (art. 2), troverebbe nuove forme di fruizione per i beni culturali i quali godrebbero di un nuovo paradigma di valorizzazione.

La valorizzazione dei beni culturali, raccontata dall'art. 6 del D.lgs 42 del 2004, è una nozione unitaria che al suo interno riconosce un concetto di valorizzazione in senso proprio, il quale attiene *"sia alla disciplina e all'azione pubblica di sostegno e di incentivazione della proprietà o degli*

⁵⁹⁵ Corte Costituzionale, 29 dicembre 1982, n. 239.

⁵⁹⁶ A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, in *Contributi di diritto amministrativo* (a cura di) F.G. SCOCA, G. CORSO, L. GIANI, M.D'ORSOGNA, M. IMMORDINO, A. POLICE, M.A. SANDULLI, M. SPASIANO, Editoriale scientifica, 2017

⁵⁹⁷ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5, 2016, pp. 505-526.

⁵⁹⁸ P. STELLA RICHTER - E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, 2002.

⁵⁹⁹ M. ARLOTTI, S. NERI e E. SPINA, *Per una nuova politica ospedaliera al servizio della salute*, in *Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19, Problemi e proposte* (a cura di) G. VICARELLI e G. GIARELLI p. 99.

⁶⁰⁰ Emblematiche, le parole pronunciate da Marchesi durante i lavori della Costituente affermò infatti che *"Bisogna diffondere il libro sotto qualunque forma, non importa se catechismo o libro di novelle. Bisogna educare il popolo, e l'alfabeto è lo strumento fondamentale non solo agli effetti della elevazione spirituale e politica della gente, ma anche nei riguardi della produzione economica del Paese. Con biblioteche circolanti in tutti i villaggi, con insegnanti volanti nelle campagne, si potrà ottenere l'invocata diffusione della cultura popolare."*

⁶⁰¹ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, oo. 125 ss.; S.FOA', *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, pp. 146 ss.; G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto; il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in www.aedon.mulino.it, n. 2/2019, p. 7; F. SGRO', *La duplice natura dei diritti culturali*, in P. BILANCIA (a cura di), *diritto alla cultura. un osservatorio sulle sostenibilità culturali*, Napoli 2016, p. 63. SI menziona, inoltre l'opinione contraria, ovvero che non ritiene di ricondurre all'art. 9 del diritto alla cultura: L. DEGRASSI, *Diritti, libertà e cultura. Un approccio di base*, in www.dirittifondamentali.it n. 1/2017, la Costituzione Repubblicana ha considerato sin dal 1948 si ai diritti che le libertà culturali.

interventi” a prescindere dall’appartenenza del bene, “sia al profilo della gestione dei beni culturali da parte della stessa amministrazione che ne ha la disponibilità”, in vista della loro fruizione pubblica; ed un concetto di valorizzazione che afferisce, invece, all’attività di gestione “quantomeno allorché pervenga, per complessità organizzativa, a un livello ricostruibile in termini di predisposizione ed erogazione di un servizio pubblico”⁶⁰² .

Tale distinzione, tuttavia, ha un valore meramente descrittivo, in quanto il legislatore, sulla falsariga della formulazione della tutela⁶⁰³, individua sia il contenuto della funzione di tutela sia le attività mediante le quali la stessa si esprime. Il legislatore, pertanto, mediante l’adozione del medesimo schema adottato sia per la valorizzazione che per la tutela, dimostra di voler descrivere, e non distinguere, la funzione dalle attività in cui essa si sostanzia⁶⁰⁴.

La lettura del ruolo della tutela e della valorizzazione, va operata guardando nella medesima direzione laddove la funzione culturale nella Costituzione è stata definita da taluni⁶⁰⁵ ed accolta da molti⁶⁰⁶, un “*circolo virtuoso*” “*che parte dalla indispensabile tutela, prosegue con la (prima) valorizzazione, che è funzionale alla fruizione, continua con la (seconda) valorizzazione,*

⁶⁰² N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino 2002, p.

⁶⁰³ art. 3 D.lgs 42 del 2004

⁶⁰⁴ Opt. cit. IACOPINO

⁶⁰⁵ G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L’immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016, pp. 7 ss.

⁶⁰⁶ S. BARILE, M. SAVIANO, *Dalla Gestione del Patrimonio di Beni Culturali al Governo del Sistema dei Beni Culturali*, Golinelli, G.M., (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore, Verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012 pp. 97-148; P. SACCO, *Cultura e sviluppo locale: il distretto culturale evoluto*, 2010; F. Rimoli, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, n. 5, 2016, pp. 505-526; M. CAMMELLI, *Immateriale economico e profilo pubblico del bene culturale*, in G. Morbidelli, A. BARTOLINI (a cura di), *L’immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016; F. Merusi, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, n. 1, pp. 1-13; G. Manfredi, *La valorizzazione dei beni culturali come compito costituzionalmente necessario*, in *Il capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*, 2011, vol. 3, pp. 25-31; M. CECCHETTI, Art. 9, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 217 ss..

*incentrata e legata a filo doppio con la fruizione nelle sue varie forme, che infine genera risorse per la tutela*⁶⁰⁷.

Alla finalità conservativa se ne affianca, dunque, un'altra, di valorizzazione, intesa come recupero, miglioramento e ripristino del valore "estetico-culturale"⁶⁰⁸ dei beni, e di promozione della fruizione collettiva. La valorizzazione, pertanto è destinata a "chiudere il cerchio" poiché con essa, come espressamente sancisce l'art. 6 del Codice, non solo si assicurano le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica, ma anche la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale⁶⁰⁹.

Tramite le "attività di valorizzazione" di cui all'art. 111, co. 1, consistenti "nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni e al perseguimento delle finalità", la Repubblica preserva l'integrità fisica del patrimonio culturale, anche ove ciò significhi restringere la fruibilità del patrimonio, limitandone o addirittura impedendo la fruizione effettiva. In tale ottica, la mancata accessibilità e fruibilità di taluni beni viene giustificata dalla necessità di preservare il valore del bene stesso senza del quale non potrebbe essere tramandato a future generazioni.

Il valore intrinseco dei beni culturali, che necessita conservazione, tutela e valorizzazione al fine della piena fruizione, è inglobato in un valore "immateriale", che si è creato all'esito di un giudizio di valore che una data comunità ha attribuito.

La valorizzazione del patrimonio culturale immateriale viene inteso come eredità culturale⁶¹⁰, ed accoglie una lettura volta ad interpretare il territorio

⁶⁰⁷ G. MORBIDELLI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappicelli Editore, 2016 cit. p. 20

⁶⁰⁸ Opt. cit. IACOPINO,

⁶⁰⁹ Opt. cit. MORBIDELLI, *L'immateriale* p. 17 ss.

⁶¹⁰ G. SCIULLO, *Le funzioni* in C. BARBATI, M. COMMELLI e G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 55; P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione, gestione dei beni culturali*, *Relazione al convegno Il nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio. Prospettive applicative*, 26 giugno 2004, che in merito all'art. 9

nelle sue molte articolazioni: dalle amministrazioni comunali alle associazioni, ai singoli cittadini, che lo vedono come elemento identitario etnoantropologico⁶¹¹ e paesaggistico⁶¹² e al tempo stesso come un possibile motore di sviluppo, una risorsa di cui le popolazioni dispongono, caratterizzata da unicità e dal valore sociale.

Lo sviluppo economico locale incentrato sul valore immateriale e culturale di un territorio ha costituito lo sviluppo dell'ultimo ventennio, laddove tale sviluppo ha riscontrato successo nell'economia del turismo⁶¹³. La disciplina più recente prende atto del rapporto tra beni culturali e lo sviluppo

Cost., sottolinea che “Si passa ... da un'idea statica della tutela, come riserva “*demaniale*” del bene culturale e come limite alla sua commerciabilità e al suo uso, ad un'idea dinamica della gestione del bene culturale, imperniata sul potenziamento dell'espressione del suo valore culturale, che tende a divenire *un servizio offerto alla crescita culturale del pubblico*”; F. MERUSI, Art. 9, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 443.

⁶¹¹ R. TUCCI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio e i beni etnoantropologici: qualche riflessione*, in *Lares*, n. 1, 2005, pp. 57-70; A. L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amministrativo*, n. 7-8, 2008, pp. 2261-2287 (anche in www.amministrazioneincammino.luiss.it); L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, rivista di arti e diritto on line, n. 1-2, 2012 (<http://www.aedon.mulino.it/>).

⁶¹² La tutela paesaggistica, affermata all'art. 9, ha assunto una portata via via sempre più ampia, in linea con l'evoluzione del termine stesso. L'idea di paesaggio nota ai Costituenti era quella coniata da Benedetto Croce, che lo identificava con “la rappresentazione materiale e visibile della patria, coi suoi caratteri fisici particolari”. Per Croce il paesaggio era quindi l'insieme delle bellezze naturali del Paese, sede dell'identità storica e culturale della comunità e come tale meritevole di protezione. Proprio a Croce si deve la legge n. 778/1922 “*per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico*”, legge che rifacendosi ai previgenti regolamenti borbonici garantiva, in modo del tutto inedito, la possibilità di preservare vedute o scorci carichi di bellezza e di storia. La “*legge Croce*” non teneva però conto del dinamismo, cioè dell'impatto (attivo e spesso distruttivo) dell'uomo sul paesaggio, contro il quale non era prevista alcun tipo di tutela. Solo all'inizio degli anni '70, con l'avvento della spinta ecologista, la nozione di paesaggio andò progressivamente ampliando, abbracciando anche quella di ambiente. L'assenza di espliciti riferimenti costituzionali in materia ambientale non rappresentò tuttavia un ostacolo in tal senso, né portò ad una riscrittura della Carta Costituzionale. A partire dagli anni '70 l'ambiente divenne infatti un tema ricorrente nelle pronunce della Corte Costituzionale, che ricavò la corrispondente nozione in via interpretativa, coniugando l'art. 9 con i riferimenti contenuti agli artt. 32, 41 e 44 della Costituzione. Il vero salto di qualità lo segnò però la giurisprudenza della Corte di fine anni '80, identificando l'ambiente come bene unitario e “valore primario ed assoluto” (si vedano, tra le tante, Corte Cost. sent. n. 641/1987; sent. n. 210/1987; ord. n. 195/1990).

⁶¹³ L. BINDI, *Il futuro del passato. Il valore dei beni immateriali tra turismo e mercato della cultura*, in *Voci*, 2013 p. 36 e ss.; B. BRUNDU, S. LAMPREU *Le reti materiali e immateriali a sostegno dello sviluppo turistico dei territori*, Fondazione Rosselli, 2020; A. BROCCOLINI, *Economie della cultura e sguardo antropologico: una recensione critica a "Patrimoni intangibili. Il distretto culturale del presepe a Napoli"* in *VOCI* (a cura di) L. PELLEGRINI p. 49-63.

economico⁶¹⁴ pur nella consapevolezza che la valorizzazione economica rappresenta solo uno degli ambiti della valorizzazione e non può costituire un obiettivo svincolato dagli altri sistemi di valore⁶¹⁵ nonché del rapporto con lo sviluppo, non inteso semplicemente come crescita economica, ma come miglioramento globale della qualità di vita dei cittadini, rispetto per l'ambiente e benessere della collettività⁶¹⁶.

Ciò che si propone, pertanto, ricade in una forma di fruizione diversa da quella sinora conosciuta, riscritta sulle funzioni sociali che si possono valorizzare attraverso i beni ed i luoghi della cultura. Nella configurazione di un possibile diritto soggettivo alla cultura, incentrato sulla persona invece che sulla *res*, si intravede altresì una possibile risposta alla necessità di “valorizzare” e reinventare l'esistente -*alias* le risorse disponibili- della nostra Nazione, soprattutto laddove, l'attuale sistema giuridico sembra aver respinto definitivamente il tentativo, promosso da taluni, di ricercare dai beni culturali delle forme di profitto puro⁶¹⁷.

Si deve infatti tenere conto delle molteplici sfaccettature dello sviluppo del concetto di bene immateriale legato ai beni culturali. Degno di menzione è il consolidato riconoscimento del diritto all'immagine dei beni culturali⁶¹⁸,

⁶¹⁴ In argomento G. MORBIDELLI, Introduzione, in G. Morbidelli e A. Bartolini (a cura di), che sottolinea che la tutela e la valorizzazione dei beni culturali hanno ricadute “*non solo sul versante del turismo e dei tanti servizi connessi (da quelli recettivi alla trasportistica, ecc.) e su quello delle congerie di attività preordinate ad amministrare e mantenere il patrimonio storico-artistico-architettonico (musei, biblioteche, archivi, siti archeologici, monumenti storici), ma anche sulla industria culturale in senso stretto (film, video, mass-media, software, musica, libri e stampa), sulle industrie creative (architettura, comunicazione e branding, artigianato, design e produzione di stile, performing-art e arti visive), rappresentazioni artistiche, convegni e fiere*”; A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006.

⁶¹⁵ Opt. cit. C. TOSCO, *I beni culturali*, cit., 134.

⁶¹⁶ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?* in Aedon 2014, D. PEPE, *La valorizzazione dei beni artistici e culturali per la crescita dell'economia circolare e dell'occupabilità giovanile*, in Territori della Cultura, Rivista On-line 2018, n.34.

⁶¹⁷ M.C. CAVALLARO “*I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*”, in Il Mulino Riviste Web, 2018.

⁶¹⁸ A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale: limiti e circolazione*, Labsus, 2014, in <http://www.labsus.org/2014/06/immagine-del-bene-culturale-limiti-e-circolazione/>. La tutela dell'immagine dei beni culturali, Atlantex 2018 in cui si riporta la consolidata giurisprudenza (Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, Cass., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, Cass. Sez. Unite, 31 luglio 2012, n. 13620, in *leggiditalia.it.*) riconosce il cd. diritto all'identità personale, laddove viene operato un meccanismo di identificazione fra la popolazione rappresentata e il bene culturale che la rappresenta.

una costruzione giuridica che deve riconoscere le proprie origini dall'operazione di identificazione fra un popolo con il bene culturale che ne rappresenta l'identità, recuperando, pertanto il concetto di rappresentazione platonica (eikasia) per cui la rappresentazione è un'immagine simile alla cosa reale da cui proviene e che si riflette nell'anima, dunque nella persona stessa. La cultura, quindi, si presenta come sinonimo di civiltà, ma anche come identità di un popolo.

D'altronde, la citata esperienza turistica, ci insegna che non vi può essere uno sviluppo turistico "durevole" se parallelamente, non si sviluppa culturalmente anche il territorio al fine di perseguire quella virtuosa circolarità per la quale la preservazione del valore passa dalla tutela grazie alla quale il bene viene fruito nel presupposto che la valorizzazione risulta efficace se non frammentata e localizzata, ma se assume una portata di sistema⁶¹⁹.

Conclusioni

Alcune osservazioni possono evidenziare come l'architettura del codice dei beni culturali si caratterizzi per una visione ampiamente "materialistica" dell'espressione "bene culturale", laddove in dottrina⁶²⁰ si discute sulla necessità di individuare un statuto giuridico minimo unitario che evidenzii il tratto comune dei valori immateriali, presenti sia nei beni materiali che in quelli intangibili. Se si pensa che l'origine della immaterialità dei beni è stata affrontata, pensando allo sfruttamento economico derivante dal turismo che circonda i beni culturali, è evidente di quanta strada si è dovuta compiere per concepire un valore immateriale "ulteriore" da questi beni che

⁶¹⁹ C. TOSCO, *I beni culturali. Storia, tutela e valorizzazione*, Bologna, 2014, p. 127

⁶²⁰ G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca in Federalismi*, 2019; M.G.PULVIRENTI, *Il patrimonio culturale materiale-immateriale* in www.diritto-amministrativo.org; C. LAMBERTI, *Ma esistono i beni culturali immateriali?* (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali) in *Aedon* n.1 del 2014, pp.1 e ss., A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO (a cura di) *I beni immateriali i beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Napoli, 2014, 261, V. MANZETTI, *Il patrimonio culturale immateriale tra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. spunti dall'esperienza spagnola* in *Nomos*, 3/2018, pp.2 e ss.

punti a valorizzare la capacità di produrre del benessere per le persone. Se è vero che ciò che è bello è buono, potremmo essere dinanzi ad una nuova frontiera della *kalogathia* che intende l'estetico come valore "*che nutrive la cultura e l'inconscio collettivo*"⁶²¹, in grado di apportare benessere anche alla formazione del singolo cittadino nella collettività.

⁶²¹ Il tema dei rapporti tra etica ed estetica nel mondo antico è ripreso anche da F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*,

CAPITOLO V

Aspetti economici legati all'economia circolare del Welfare generativo

Sommario: Premessa; 1. Il *welfare* generativo; 2. I diritti condizionati; 3. Considerazioni sulla sostenibilità del *welfare*; Conclusioni.

Premessa

Al fine di garantire l'assistenza e il benessere dei cittadini, modificando in modo deliberato e regolamentato la distribuzione dei redditi generata dalle forze del mercato stesso, lo Stato mette in atto delle complesse politiche pubbliche che coinvolgono le economie di mercato.

Dopo aver chiarito la natura dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione dei servizi pubblici, le forme di organizzazione e di relazione fra la normativa comunitaria, statale e locale, di seguito, si propone una breve disamina con una natura più squisitamente economica. Seppur senza pretesa di esaustività, si ritiene che sia importante comprendere l'esistenza di un dialogo aperto sul tema del *welfare* generativo, già noto ai più, in cui l'erogazione dei servizi integrati sanitari e culturali può inserirsi e fornire un proprio contributo.

Difatti, l'accrescimento della consapevolezza, anche giuridica, del ruolo economico e sociale dell'erogazione dei servizi culturali e delle forme integrate per la loro gestione, ci fornisce lo spunto per analizzare il passaggio da un *welfare* tradizionale ad un *welfare* generativo facendo riferimento *welfare* generativo e alla connessa tematica dei diritti condizionati.

I brevi cenni che seguiranno sul tema in oggetto, permetteranno di focalizzare la discussione del presente lavoro all'interno di un argomento che ha sollevato l'interesse dagli studiosi del settore⁶²².

In seconda istanza, fornisce l'occasione di approfondire il tema dei servizi socio-culturali attraverso la lente di una disciplina caratterizzata da rilevanti profili socio-economici offrendo, altresì, l'opportunità di sperimentare un approccio interdisciplinare al tema.

Per sua definizione, il *welfare state* è caratterizzato da un rapporto monodimensionale che parte dallo Stato ed approda agli utenti finali; è fondamentale per soddisfare una soluzione ai bisogni delle persone, nel breve termine, ma, di fatto, non contribuisce alla costruzione di una personalità e all'acquisizione della forza che permetta l'autosostentamento.

In risposta a questa esigenza, il modello di *welfare* generativo propone un approccio dinamico in cui le risorse e le capacità degli utenti sono valorizzate, puntando sull'*empowerment* e sulla generazione/rigenerazione delle risorse.

In Italia, il sistema di *welfare*, come descritto nel I capitolo del presente lavoro, trova fondamento negli artt. 2 e 3 della Costituzione⁶²³, che letti in combinato disposto con l'art. 53, istituisce un sistema contributivo

⁶²² D. AIMI, D. GERON, E. INNOCENTI, T. VECCHIATO, *Valutazione delle azioni generative di contrasto alla povertà*, in "Studi Zancan", 3, 2017 pp. 49-58. ; C. BRAIDA, *Servizio sociale e pratiche generative*, in "Studi Zancan", 6 2016 pp. 16-21. ; D. GERON, *Il welfare come investimento sociale*, in "Studi Zancan", 6, 2016 pp. 40-43; I. GUI, *Un welfare che rigenera se stesso generando società*, in "Studi Zancan", 6, pp. 28-32, 2016. I. LEMBO, *Lo scenario milanese e le politiche pubbliche locali*, in "Studi Zancan", 6, pp. 36-39 2016; E. NEVE, *Generatività e ruolo strategico delle professioni*, in "Studi Zancan", 6, pp. 12-15, 2016; E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, pp. 1-18. Da Rivista "Diritto e Società", 1(2014) si segnalano: C. COLAPIETRO, *Alla ricerca di un Welfare state "sostenibile": il Welfare "generativo"*, pp. 19-45. A. IANNUZZI, *La garanzia dei diritti sociali fra ipotesi di "nuovi doveri" e richieste di assunzione di maggiori responsabilità individuali. Riflessioni sul Welfare generativo e sulla comunicazione dei costi delle prestazioni sanitarie*, pp. 47-70.

⁶²³ È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

progressivo attraverso l'attribuzione alle istituzioni di raccogliere la solidarietà fiscale e ridistribuirla⁶²⁴.

Nel modello di *welfare* generativo che si è andato affermando, al paradigma “raccolgere e ridistribuire” è necessario aggiungere i paradigmi “rigenerare, rendere, responsabilizzare”⁶²⁵.

In questo modello la finalità è la capacità di rigenerare i contributi attraverso una forma di responsabilizzazione del beneficiario che diventa autonomo e capace di rimetterli in circolazione e quindi restituirli alla società: un nuovo equilibrio fra diritti e doveri.

Per “rigenerare e far rendere le risorse, trasformandole in capitale sociale” è necessaria la mediazione professionale, ma è fondamentale anche l’apporto non professionale (famiglia, volontariato, solidarietà organizzata)⁶²⁶.

Difatti, vi sono diversi modi in cui le persone possono intervenire in questo processo, attraverso il lavoro professionale, attraverso un apporto non professionale, attraverso la partecipazione in prima persona in quanto persona diretta interessata.

Per comprendere il *welfare* generativo è necessario trasformare la *ratio* del costo in logica di investimento tenendo ben a mente che i vantaggi di tale processo si riversano non solo sul singolo, ma sull'intera comunità.

Un caso studio, che ha avuto luogo su iniziativa privata, che si ritiene di riportare in questa sede al fine di meglio comprendere la delineazione del *welfare* generativo, è quello dell’azienda Alessi. La storica azienda familiare e rappresentativa del design italiano, ha avviato nel giugno del 2014 il progetto “Buon Lavoro – La Fabbrica per la Città”, un’iniziativa promossa in collaborazione con il Comune di Omegna e con il Consorzio Intercomunale dei Servizi Socio Assistenziali del Cusio, che ha previsto di destinare un

⁶²⁴ *Diritto E Società*, Rivista trimestrale fondata nel 1973 da G. CASSANDRO, V. CRISAFULLI e A. M. SANDULLI, Saggi, AA.VV., III serie - 1/2014, Editoriale scientifica ES, pp. 1 - 102 .

⁶²⁵ T. VECCHIATO, *Welfare generativo: da costo a investimento*, in *Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁶²⁶

significativo numero di ore di lavoro dei dipendenti ad attività di utilità sociale sul territorio. L'azienda Alessi ha quindi scelto di investire sulle persone non solo scegliendo di mantenere la produzione in Italia, ma anche attraverso il proprio impegno nel sociale. Con l'iniziativa "*Buon Lavoro – La Fabbrica per la Città*" è un modo di valorizzare diversamente il lavoro delle persone, realizzando insieme un importante progetto sociale a favore della comunità all'interno della quale l'azienda vive e lavora⁶²⁷.

I dipendenti coinvolti che hanno deciso di aderire all'iniziativa sono 287 tra operai, impiegati e dirigenti, una percentuale quasi totalitaria dei dipendenti che lavorano nell'azienda. Per ognuno di loro sono state destinate al progetto da 1 a 8 giornate di lavoro normalmente retribuito, per un totale di circa 10.000 ore al servizio della comunità locale, realizzato tra giugno e novembre⁶²⁸.

⁶²⁷ L'analisi economica dell'iniziativa svolta dall'azienda, è stata analizzata, a fondo da Good Point 2014.

⁶²⁸ La storia dell'azienda Alessi, è stata riportata da numerose testate giornalistiche, fra cui il Corriere della sera, i fatti risalgono al 2014.

V.1. *Welfare generativo*⁶²⁹

Il termine “welfare generativo” si è affermato nel corso degli ultimi decenni⁶³⁰, tuttavia il concetto è tutt'altro che nuovo nell'ambito degli operatori sociali⁶³¹.

La logica sottesa a questo modello è assimilabile alla ormai nota economia circolare⁶³².

La creazione di sistemi sostenibili (economici, ambientali, sociali e culturali) non rientrano nel novero di meri virtuosismi e non appartengono neppure al mondo delle ideologie. Infatti, la necessità di creare alternative valide ai tradizionali sistemi nasce dalla diffusa e comune consapevolezza che ogni forma di risorsa è limitata e pertanto destinata ad esaurirsi se non rinnovata. Perciò lo slancio di rinnovamento che caratterizza la dottrina e le politiche innovative promosse anche dalle istituzioni sovranazionali, rispondono ad una e sola esigenza, la sopravvivenza.

Nell'economia delle energie questo aspetto della sopravvivenza è riscontrabile, banalmente, nella esauribilità delle fonti, così come per le fonti alimentari, a fronte di un aumento costante della popolazione.

Nell'ambito fiscale il discorso può facilmente tradursi in una diminuzione della forza lavoro ed un conseguente aumento della popolazione bisognosa. Si pensi all'aumento dell'età media della cittadinanza a fronte del calo delle nascite nei paesi industrializzati, dell'arrivo nel mondo del lavoro di

⁶²⁹ Fondazione Zancan, 2013 *Verso un welfare generativo da costo a investimento* www.fondazionezancan.it

⁶³⁰ Il termine Welfare generativo è stato lanciato dalla Fondazione Zancan nel Rapporto sulla lotta alla povertà 2012 e ripresa e approfondita nel Rapporto 2013.

⁶³¹ Il welfare generativo, superando la semplice dimensione del rendimento economico, diventa la strada efficace per recuperare valori solennemente sanciti dalla Costituzione, ma che rischiano di rimanere nel limbo delle buone intenzioni: il valore della solidarietà, che la Carta inserisce tra i «doveri inderogabili», da esercitare a vari livelli, politico, economico e sociale, e che impone a tutti di declinare in maniera inscindibile dalla rivendicazione dei legittimi diritti; il valore della «responsabilità» che invita i cittadini tutti a interrogarsi sul contributo che ciascuno, per la sua parte, può dare nella realizzazione del “bene comune”; il valore dell'uguaglianza che impone di riservare agli «ultimi della fila» «un'attenzione privilegiata», ai fini di consentire a tutti di essere riconosciuti nella loro dignità e ai poveri di essere percepiti come «risorsa» e non solo come “problema”.

⁶³² Per un approfondimento sul tema Cfr. E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare* in *Il diritto dell'economia*, n. 98, 2019, pag. 493-529

strumentazioni meccaniche in grado di sostituire il lavoro umano (da cui scaturisce lo studio di proposte per la cd. Tassazione dei robot.⁶³³)

Il mondo del lavoro dimostra il trend della diminuzione del gettito fiscale e di una difficoltà, per lo Stato, di supportare tutte le esigenze. Tale discorso può portare a sminuire il grado di priorità di investimento, a maggior ragione, soprattutto in ambito di esigenze non “primarie” come l'alimentazione o il lavoro ma che afferiscono invece a livelli di benessere più intimi, più sottili ma nei quali si cela una possibile risorsa per l'economia dello Stato.

Infatti in tale situazione le politiche redistributive non sono più sufficienti, è necessario incrementare gli scambi basati sulla reciprocità, valorizzando le persone e le relazioni che sostengono le capacità⁶³⁴.

Il *welfare* generativo potrebbe rappresentare una possibilità per affrontare in maniera innovativa la situazione di crisi in cui verte il *welfare state*⁶³⁵.

Alla base delle politiche che si ispirano ad un'ottica di *welfare* generativo c'è la capacità di valorizzare le abilità delle persone, considerarne i talenti, le risorse e non solo i bisogni e i costi.

Il presupposto che si pone alla base della realizzabilità di un *welfare* generativo, si riscontra nella possibilità che *“i diritti sociali devono poter essere caratterizzati come diritti fruibili in forma societaria, oltre la dimensione individuale”*⁶³⁶.

Accogliendo questa prospettiva, cambiando il paradigma di fondo della fruizione dei beni sociali, si può pervenire, infine alla comprensione di un

⁶³³ Sull'argomento: la proposta di legge per tassare le prestazioni di lavoro sostituite dai robot, si veda questo articolo del Sole 24 ore https://www.ilsole24ore.com/art/il-robot-contribuente-e-tassa-il-lavoro-AEQRYcw?refresh_ce=1

⁶³⁴ Sul ruolo della trasformazione Cfr. K.POLANY, *La grande trasformazione*, Piccola biblioteca Einaudi, Torino, 2010

⁶³⁵ Sulla crisi del welfare state Cfr. A. ZILIANI, B. ROVAI, *Assistenti sociali professionisti*, Carocci Faber, Roma 2012.

⁶³⁶ T. VECCHIATO, *Welfare generativo: da costo a investimento*, in Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012. p. 78

sistema in cui il “costo” del servizio sociale sia un investimento che si riversa contestualmente, sia a beneficio del singolo che della collettività.

Da un punto di vista squisitamente economico la delineazione di criteri di rendicontazione dell'impatto sociale dei servizi resi, sta diventando un tema che ha suscitato particolare interesse⁶³⁷.

Difatti, per comprendere realmente quale sia il rendimento del capitale sociale investito, l'unico modo è valutare l'efficacia degli interventi, una sorta di “*rendicontazione sociale*” dei risultati ottenuti. Il classico esempio di scuola è quello della persona inoccupata che riceve un contributo economico e “*restituisce*” le proprie energie lavorando per enti con finalità no-profit. Questo esempio è di per se valido, ma tuttavia non risulta essere ottimale, in quanto non garantisce una stabilità e non soddisfa “*un potenziale umano ed economico di grandi proporzioni, che non può essere trattato in termini assistenziali, ma solo come fonte di dignità e di valore*”⁶³⁸.

Dunque “*il maggiore rendimento dei servizi può essere sintetizzato in quattro modi: occupazione di welfare, valore trasformativo dell'aiuto professionale, maggiore rendimento delle risorse, efficacia misurabile*”⁶³⁹.

⁶³⁷ Un contributo particolarmente interessante sui Social Impact Bond è stato fornito da C. NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove AutoNomie* N.3/2018, pp. 565 e ss.

⁶³⁸ Opt. cit. T. VECCHIATO, *Welfare generativo*, cit, p. 79

⁶³⁹ Opt. cit. T. VECCHIATO, *Welfare generativo*, cit, p. 88

V.2. *I diritti condizionati*

L'analisi finora effettuata ha quindi portato alla luce la necessità di approfondire alcuni aspetti legati al rapporto tra il diritto dell'individuo ed il diritto della collettività. Questa correlatività è già stata oggetto di analisi che ha generato la cd. "*teoria dei diritti condizionati*"⁶⁴⁰.

Queste teorie prendono in considerazione solo l'aspetto economico laddove invece il *welfare* generativo propone una condizione al diritto di natura sociale e redistributivo.

La sfida che si presenta per gli interpreti del settore, è quella di rappresentare l'attuazione di un sistema che rispetti la natura costituzionale di giustizia e di solidarietà che li caratterizza attraverso la valorizzazione delle capacità personali, della responsabilità di ciascuno nei confronti della società.

In tale direzione, la natura condizionata dei diritti sociali, non riguarda soltanto la disponibilità ontologicamente limitata delle risorse, ma anche la capacità di trasformazione come guadagno per la società, che si riscontra sia attraverso un ritorno diretto sulla collettività ma anche attraverso la crescita e la consapevolezza del singolo⁶⁴¹.

In letteratura⁶⁴², la categoria dei "diritti condizionati" è stata utilizzata per spiegare come, quando e quanto un diritto può diventare esigibile. La condizionalità non si esprime solamente nel subordinare il riconoscimento dei diritti sociali alla disponibilità di risorse finanziarie, quanto nel

⁶⁴⁰ Si hanno diritti cd. condizionati quando l'esercizio di essi è sottoposto ad una condizione risolutiva o sospensiva. Sono ipotesi in cui l'ordinamento acconsenta al sacrificio del diritto un soggetto per la realizzazione di un vantaggio della collettività, come ad esempio nel caso di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001).

⁶⁴¹ Si pensi al diritto della salute, ex art. 32 della costituzione per cui è un diritto della persona, ma un interesse della società. Per un approfondimento sul tema Cfr G.M. PALAMONI, *L'evoluzione del diritto alla salute: riflessi giurisprudenziali ed organizzativi* in ILDIRITTOAMMINISTRATIVO.IT, Sezione Studi, 2014; F. Sacco, *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su Centro Studi diritto sanitario, www.dirittosanitario.net.

⁶⁴² Sul tema dei diritti condizionati Cfr. C.PINNELLI, *Diritti condizionati, risorse disponibili, equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale* a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino, 1994; S. BARBARESCHI *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute* in *Federalismi* 20 giugno 2018.

condizionare il *modus* di esercizio del diritto-dovere, affinché determini non solo un vantaggio per il singolo, ma anche per la collettività⁶⁴³.

Ebbene nell'ottica del *welfare* generativo, il *discrimen* fra “diritti individuali” e “diritti sociali” è fondamentale, infatti se i primi riguardano l'individuo in quanto tale, i secondi interessano la persona e le sue responsabilità verso gli altri.

L'ideale etico dal quale scaturisce la riflessione in oggetto vede il diritto sociale condizionato non solo dalla disponibilità economica così ma altresì dal ritorno a beneficio dell'interesse collettivo. Questo approccio, per quanto idealisti, è tuttavia condizione costitutiva e strategica perché ogni persona possa rivendicare l'aiuto che riconosce dignità e capacità, senza esporsi al rischio della dipendenza assistenziale.

A conferma di ciò, quando la Costituzione si esprime sul dover “*prendersi cura dei più deboli e fragili*” lo fa in termini di promozione e attivazione, chiedendo anche agli aiutati di valorizzare le proprie capacità e di salvaguardare la propria dignità. Tale lettura è offerta dall'articolo 38 nel momento in cui afferma che anche “*gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale*”, non solo all'assistenza. Un sistema sociale ed anche di *welfare*, così concepito, fa del passaggio da costo a investimento un cambio di paradigma cioè del modo stesso di pensare la socialità. Per passare dal *welfare* tradizionale, caratterizzato come già detto, dal raccogliere e redistribuire, ad un *welfare* generativo, è quindi necessario cambiare modello teorico per cui ogni aiutato può anche aiutare, attraverso la valorizzazione delle proprie capacità, rigenerando valore per sé e gli altri.

Se, la condizione di reciprocità del sistema assistenziale, non incontra biasimi da un punto di vista morale ed etico, li incontra invece da un punto

⁶⁴³ Nel corso del convegno organizzato dall'Istituto Lanza, tenutosi il 9 novembre 20187 l'avv. A. Marra, fra l'altro, ha sottolineato che per garantire l'effettività di tali diritti non bastano i soli e formali riconoscimenti “giuridici”, ma è necessaria una mobilitazione “dal basso” che ne rivendichi la concreta realizzazione, oltre che un'attiva partecipazione politica e sociale dei cittadini.

di vista giuridico, in quanto critico nel presupposto di erogazione di prestazioni sociali correlate allo svolgimento di attività di utilità sociale⁶⁴⁴.

La prima critica che emerge afferisce, indubbiamente, alla posizione soggettiva del beneficiario del servizio, in quanto in un primo momento sarebbe detentore di un diritto di credito nei confronti dello Stato, che d'altra parte, ha una posizione di garanzia e assistenza nei suoi confronti, mentre in un secondo momento, si troverebbe ad occupare una posizione di debitore nei confronti della collettività. Ancora più faticoso appare individuare un nesso causale (diverso dal nesso di reciprocità) che possa giustificare la trasformazione della posizione giuridica di vantaggio in una di svantaggio (escludendo che possa attuarsi una logica del *do ut des*).

Una soluzione proponibile potrebbe individuarsi nel rimettere, al libero arbitrio del beneficiario, manifestato tramite consenso ed accettazione, la scelta di “restituire” quanto avuto, attraverso attività sociali. Tale soluzione tuttavia è tutt'altro che soddisfacente in quanto sfugge dagli indici della scienza sociale e della prevedibilità poiché condizionata dal valore umano ed imprevedibile di una persona.

Inoltre non ci si può porre il problema di individuare quale tipologia di responsabilità verrebbe instaurata in caso di inadempimento da parte dell'utente dei propri obblighi sociali, sarebbe di natura contrattuale o aquiliana? Per non parlare poi del profilo sanzionatorio, che aprirebbe la discussione sulla quantificazione dei danni (si discute su come valutare l'impatto sociale in senso commissivo, e pare ancora più complicato inoltrarsi in un ipotesi di danni da omissione, ovvero da mancato impatto sociale).

Una forma di ordinamento attuabile potrebbe essere quella derivante dalla *soft law* di matrice internazionale, ovvero una sanzione sotto forma di pressione sociale come il “*name and shame*”. A questo punto ci si chiede se il mancato ottemperamento di un dovere sociale, assunto tra l'altro

⁶⁴⁴ E. ROSSI, *Prestazioni sociali con corrispettivo?*, in *Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012.

spontaneamente, faccia sorgere, il diritto della comunità, rappresentata nella persona dello Stato, ad ottenere il risarcimento in forma specifica.

Se così fosse, l'eventuale restituzione degli aiuti assistenziali ricevuti per mancato adempimento di un dovere sociale (alias obbligazione naturale) rappresenterebbe una lapalissiana violazione del diritto sociale in prima istanza.

Alla domanda se la garanzia di un diritto possa essere sottoposta a condizione senza pregiudicarne la garanzia, alcuni ⁶⁴⁵ propongono di distinguere tra livelli essenziali e non essenziali. Pertanto, laddove non sia possibile condizionare l'erogazione di un servizio al compimento di un'attività per la collettività per i diritti essenziali, si potrebbe virare sui diritti non essenziali, sperimentando forme di ritorno sociale.

Il concetto di diritto condizionato non è nuovo neppure nella giurisprudenza, infatti nel 1990 con la sentenza n. 445⁶⁴⁶ la Corte costituzionale si è espressa sulla possibilità di conciliare l'inviolabilità di alcuni diritti con la loro dipendenza dalle risorse economiche.⁶⁴⁷

Sul tema del rapporto fra il dovere dello Stato di intervento nell'ambito assistenziale condizionato dalla disponibilità delle risorse, la Corte ha fatto proprio⁶⁴⁸ il concetto del *“il costituzionalmente dovuto”* supportato da tre ragioni:

1. il carattere fondamentale del diritto alla salute;

⁶⁴⁵ Soluzione proposta nel lavoro di E. ROSSI, *Prestazioni sociali con corrispettivo?, in Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁶⁴⁶ con sentenza n. 445 del 1990 la Corte ha dichiarato sia l'illegittimità costituzionale di entrambi i commi dell'art. 157 del testo delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (testo approvato con il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271), sia l'illegittimità costituzionale dell'art. 554, secondo comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, di fronte ad una richiesta di archiviazione presentata per infondatezza della notizia di reato, il Giudice per le indagini preliminari presso la pretura circondariale, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indichi con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il loro compimento

⁶⁴⁷ Cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam Padova, 1996.

⁶⁴⁸ La tripartizione, condivisa poi dalla Corte è stata individuata da B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C.E.GALLO - B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 18.

2. l'estensione del costituzionalmente obbligatorio, per mezzo del principio di eguaglianza;
3. il bilanciamento dei valori.

Seppur le ragioni sottese alle decisioni che si sono susseguite sul tema in oggetto da parte della Corte costituzionale abbiano riflesso l'evoluzione delle contingenze economiche e politiche che hanno caratterizzato la storia del nostro paese, tuttavia il tema del diritto alla salute ha sempre goduto di una via preferenziale in virtù della particolare essenzialità del diritto⁶⁴⁹.

V.3. Considerazioni sulla sostenibilità del welfare

Con riferimento al tema della sostenibilità del *welfare* una delle soluzioni proposte è quella dell'introduzione dei Social Impact Bond (SIB), al fine di incentivare la competitività e appetibilità nell'erogazione dei servizi sociali al mondo dei privati. Un social impact bond (SIB) è un contratto con il settore pubblico o l'autorità di governo, con il quale si paga per ottenere migliori risultati sociali in determinati settori e si trasferisce agli investitori la parte dei risparmi ottenuti. Un social impact bond non è un'obbligazione, di per sé, poiché il rimborso e il ritorno sull'investimento sono subordinati al raggiungimento dei risultati sociali desiderati. Se gli obiettivi non vengono raggiunti, gli investitori non ricevono né un rendimento né il rimborso del capitale.

I SIB derivano il loro nome dal fatto che i loro investitori sono tipicamente quelli che sono interessati non solo al ritorno finanziario del loro investimento, ma anche al suo impatto sociale⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Sul tema della salute quale diritto essenziale, Cfr. A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista Aic*, 2013, 9, i quali sottolineano la “sinergia” tra l’attuazione legislativa Cfr. anche B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, p. 25.

⁶⁵⁰ C. MIGNONE, *Struttura e funzione del social impact bond* in *Relazione al Convegno Nazionale “La riforma del terzo settore. Regolazione, attività e finanziamento delle imprese sociali”*, organizzato dal Dipartimento di Economia, Management e Statistica dell’Università Alma Mater Studiorum di Bologna e dal Centro Studi AICCON (Associazione italiana per la cooperazione e il non profit), Campus di Forlì, 24 novembre 2016. Sul tema Cfr. C. NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto* in *Nuove Autonomie* 3/2018

Un altro tema importante, e strettamente correlato al welfare, è quello della rigenerazione urbana, definibile come una programmazione seriale di recupero e riqualificazione, del patrimonio locale (immobiliare, ambientale, etico, sociale)⁶⁵¹.

Nella rigenerazione si punta a migliorare la vita dell'uomo nel suo habitat, sotto molteplici aspetti⁶⁵². Gli strumenti odierni che abbiamo a disposizione (come la programmazione finanziaria, piani di sviluppo locale, Linee guida europee, etc) stanno modellando le nuove città in delle c.d. *smart city*, città "nuove", che sfruttano le nuove tecnologie e ridisegnano il modo di vivere e convivere. La sfida è quindi, grazie nuove tecnologie, di innovare gli strumenti giuridici di rigenerazione, rivoluzionando l'effettiva partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale, economico e welferistico della realtà locale⁶⁵³.

Una sfida che richiede, tra l'altro, la messa a disposizione dei luoghi della cultura e dell'immenso patrimonio culturale che ospita l'Italia, per incrementare la consapevolezza e la sicurezza delle persone.

Guardando ai loro bisogni come possibili occasioni di rigenerazione e di crescita, e non come meri soggetti passivi.

Come si è già detto, è stato dimostrato il circolo virtuoso che si innesca in persone affette da depressione attraverso l'accrescimento di nuove competenze (la danza, la pittura, la scultura) e dei benefici apportati dallo svolgimento di attività collettive svolte in luoghi della cultura come teatri e musei per le persone che soffrono di malattie e deficit mentali⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ G. FIORENTINI, M.V. BUFALI, E. RICCIUTI, "Misurazione dell'impatto sociale: i 4 modelli" in Rivista On-line Vita, 2016

⁶⁵² Per una definizione di rigenerazione urbana, si rimanda alla definizione fornita dal Dizionario Treccani: https://www.treccani.it/enciclopedia/rigenerazione-urbana_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/

⁶⁵³ T. FAVERO, *Verso la Smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana* in Rivista giuridica dell'edilizia fasc. 2 del 1 aprile 2020 p. 87.

⁶⁵⁴ Come ampiamente analizzato nel Capitolo 1 del presente lavoro, evidenziando alcune rilevanze scientifiche i cui risultati hanno indotto l'Organizzazione Mondiale della Sanità alla pubblicazione del citato report del 2019

La sistematizzazione dell'erogazione di sistemi socio-culturali, apporterebbe, da un punto di vista di circolarità dell'economia, benefici molteplici.

Un riutilizzo dei luoghi della cultura che superi la mera funzione espositiva ai visitatori, rinnoverebbe la linfa del concetto di fruizione culturale, e stimolando nuovi corollari; ma significherebbe, altresì, capitalizzare i costi che lo Stato affronta costantemente per la tutela conservativa e di restauro di questi luoghi, operata con manutenzione ordinaria e straordinaria⁶⁵⁵.

Una ricaduta indubbiamente positiva è rappresentata dalla maggiore responsabilizzazione dei *policy makers* rispetto all'impatto sociale delle scelte che si traducono in politiche e piani, rispetto alla maniera in cui vengono destinati i trasferimenti di risorse e dei servizi⁶⁵⁶.

La crisi sistemica del *welfare* può essere affrontata pensando anche ad un *welfare* che in futuro non sia solo redistributivo, ma anche generativo, che sia in grado di riutilizzare e riqualificare le risorse investite. Basterebbe guardare appena oltre i confini per accorgersi che a livello europeo, le politiche sociali vengono affrontate insieme a quelle inerenti il lavoro, (infatti la Direzione generale della Commissione europea che se ne occupa è denominata "Occupazione, affari sociali e inclusione" e anche la Commissione del Parlamento europeo adotta una denominazione simile "Occupazione e affari sociali"), per comprendere che la chiave di sviluppo di un sistema come quello del *welfare* generativo è da riscontrarsi soprattutto nel lavoro (gestito per finalità di rendimento sociale non solo lavoro di utilità sociale), il quale crea valore economico e capitale da conferire.

⁶⁵⁵ Sugli obblighi di conservazione in capo agli Enti pubblici Cfr il contributo di B. AURELIO, *Obblighi di conservazione e tutela nel settore culturale* in *Diritto.it* del 21 agosto 2017.

⁶⁵⁶ Su un'analisi della responsabilizzazione dei *policy makers* in relazione con l'impatto sociale, si veda il Rapporto Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità* n. 6 del 2021. L'analisi, dopo un primo inquadramento giuridico ed economico, affronta il tema dell'impatto sociale da parte delle imprese italiane.

Conclusioni

Il problema legato alla sostenibilità del Welfare alla luce di un sistema non solo economicamente oneroso, ma anche non del tutto efficace, ha aperto la strada per sperimentare sistemi alternativi o integrativi idonei a fornire possibili risposte.

Una di queste risposte è chiaramente riscontrabile in una massimizzazione economica del valore immateriale dei beni culturali integrando i servizi di valorizzazione con quelli destinati alla salute della persona e della prevenzione sanitaria. Il cambiamento apportato da un sistema di welfare che si basa sulla rigenerazione e non invece sul consumo delle risorse fa affidamento sull'accrescimento della consapevolezza dei suoi beneficiari al fine di innescare processi virtuosi di reimmissione delle energie nella società. Ebbene, per fare ciò, al fine di penetrare le coscienze sociali e personali così in fondo, l'arte gioca un ruolo fondamentale, come più volte ribadito, nel presente lavoro ed ampiamente dimostrato dal Report dell'OMS del 2019.

CAPITOLO VI

Sommario: Premessa; **1.** La tutela preventiva; **a)** La qualità dei servizi; **b)** La carta dei servizi; **2.** La tutela successiva; **a)** L'esigibilità del diritto alle prestazioni; **b)** I diritti superindividuali e la *class action*; Conclusioni

Premessa

La tutela dell'utente rappresenta infatti un tema sempre più delicato, soprattutto se si considera il processo di privatizzazione degli enti pubblici erogatori di servizi⁶⁵⁷, nonché l'evoluzione tecnologica e normativa condotta a livello comunitario alla quale il nostro sistema giuridico deve far fronte provando, di volta in volta, un forte senso di adeguamento.

Negli ultimi anni, e grazie soprattutto alla spinta comunitaria, anche il nostro paese ha cercato di colmare il ritardo accumulato, configurando una serie di strumenti a tutela dell'utente più articolati ed efficaci rispetto al passato, passando dalle leggi di settore riguardanti l'istituzione di autorità indipendenti⁶⁵⁸, fino ad arrivare al Codice del consumo⁶⁵⁹, che ha organizzato e riordinato tutta la legislazione esistente in materia.

Pertanto, dopo l'erosione dei monopoli legali e la trasformazione del regime tradizionale nella direzione dell'apertura alla concorrenza guidata dall'evoluzione comunitaria che ha avuto luogo negli anni 90, in attuazione delle politiche comunitarie, attraverso l'apertura al regime della concorrenza⁶⁶⁰, il processo di regolazione e segnatamente nel settore dei servizi pubblici, ha comportato una riorganizzazione delle funzioni dei poteri pubblici chiamati a coniugare lo spazio, sempre più crescente, della libertà

⁶⁵⁷ A. FERRARI, *Le forme di tutela dei consumatori: le esperienze più recenti*, in Jus, 1995, p. 177, il quale afferma come le dinamiche delle moderne società “fanno emergere con prepotenza la problematica del consumo e, quindi, le esigenze e gli interessi del consumatore, in quanto portatore di una propria soggettività nell'ambito del sistema economico”.

⁶⁵⁸ Queste autorità sono sorte conservando, fra i propri obiettivi, la tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti.

⁶⁵⁹ D.lgs. n. 206 del 2005

⁶⁶⁰ Sul tema della concorrenza, in un'ottica di connessione fra i due servizi in oggetto, si veda il cap. III, pg 158.

di iniziativa economica con la tutela dell'attività di produzione di servizi pubblici. Nel quadro normativo⁶⁶¹ che ha interessato il fenomeno del cd. "ritorno al privato"⁶⁶² si è avuta una prima trasformazione originata dalla crisi dell'esercizio pubblico come modello organizzativo preordinato a garantire la realizzazione dell'interesse generale. Secondo tale modello cd. "tradizionale"⁶⁶³, infatti, la natura pubblica dell'ente erogatore del servizio era quindi ritenuta sufficiente a tutelare gli utenti poiché il soggetto pubblico agisce senza scopo di profitto per soddisfare l'interesse generale, e pertanto non si considerava nell'equazione organizzativa che vi potesse essere alcun rischio a discapito degli utenti. Si riteneva quindi che l'utente fosse coperto da una sorta di "*presunzione presunta*"⁶⁶⁴, nel fatto che il servizio offerto agli utenti provenisse (in condizioni e a tariffe spesso inferiori al costo di mercato) da soggetti pubblici o fortemente assoggettati al controllo pubblico⁶⁶⁵.

Lo spirito di quegli anni è stato quindi quello di dover accrescere la tutela del settore dei servizi pubblici contestualmente con la concretizzazione della politica delle liberalizzazioni⁶⁶⁶.

Tale forma di tutela è sin dal principio affrontata attraverso l'istituzione di autorità indipendenti *ad hoc*, il cui scopo era garantire la trasparenza e la tutela degli utenti⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ Le fonti che individuano i principi dell'erogazione dei servizi pubblici e ne disciplinano la regolazione sono costituite principalmente dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 sui "principi dell'erogazione dei servizi pubblici" e dalla L. n. 481 del 1995 denominata "norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità". La direttiva del 1994, nonostante sia stata parzialmente superata dall'evoluzione normativa successiva, è degna di menzione per i principi che ha introdotto nell'ordinamento nazionale, che rappresentano, tutt'oggi un faro per l'intervento dei pubblici poteri e per l'assunzione di impegni da parte degli esercenti.

⁶⁶² G. Iacovone, *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in Foro amm., fasc. 6, 2003, p. 2085

⁶⁶³ Opt. Cit. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*.

⁶⁶⁴ Opt. Cit. G. IACOVONE, *Regolazione* p. 56

⁶⁶⁵ A. M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali: belle proclamazioni e poca effettività?*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2007, p. 463 ss.

⁶⁶⁶ D. MENNA, *La gestione in house providing dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra concorrenza, autonomia organizzativa e diversi livelli di motivazione aggravata previsti dalla legislazione nazionale* in *Annali*, 2021, vol. 22, pp. 371-386

⁶⁶⁷ Sulla tutela degli utenti e sulle autorità indipendenti L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, (voce) in *Enc. Dir.* Milano 2002, p. 80

Appare quindi chiaro che il ruolo dello Stato si interpone fra i privati e privati, grazie alla detenzione del potere di regolazione⁶⁶⁸.

Per una maggiore chiarezza espositiva, merita una precisazione la differenza che intercorre tra l'azione di "assunzione del servizio" e la "regolazione del servizio".

L'assunzione del servizio⁶⁶⁹ è rappresentata dalla decisione in prima istanza politica, laddove venga riscontrata un'esigenza pubblica non soddisfatta dal mercato in cui lo Stato interviene assumendo a sé la competenza normativa. Tale assunzione avviene, nella prassi, mediante l'emissione di un atto amministrativo che costituisce una responsabilità esclusiva dello Stato o degli enti locali⁶⁷⁰.

Diversamente, la regolazione del servizio interviene laddove, a seguito dell'assunzione da parte dei pubblici poteri, sorge il problema di disporre una disciplina al fine di raggiungere una serie di interventi e attuare, in concreto, i principi giuridici in materia di servizi, ricavabili soprattutto dalla legge 14 novembre 1995, n. 481. Pertanto la gestione comprende sia il momento organizzativo sia l'attività di produzione del servizio, prevedendo l'ingresso sulla scena di imprese pubbliche e private.

L'autorità di regolazione⁶⁷¹ è finalizzata alla promozione della concorrenza e l'efficienza nel settore dei servizi e la tutela degli interessi degli utenti tra cui:

armonizzare gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse;

determinare i contenuti del rapporto di utenza;

⁶⁶⁸ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Milano 1988, p. 431 e ss.

⁶⁶⁹ Al fine di ricondurre l'erogazione del servizio alla PA l'atto di assunzione rappresenta un momento fondamentale circa la cura di quel dato interesse in favore della comunità, disponendo la prestazione del servizio (con legge, regolamento o altro atto da cui scaturisca l'obbligo di prestazione del servizio), da cui consegue l'instaurazione del rapporto con gli utenti. In tal senso G. GAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico in Diritto Amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, p. 924 e ss.

⁶⁷⁰ L. SALOMINI, *Le reti di imprese nella gestione dei servizi pubblici locali: verso nuove forme organizzative di collaborazione tra società pubbliche in Economia pubblica*, 2020, fasc. 3, pp. 65-83

⁶⁷¹ Istituita con la L.481/1995

emanare le direttive sui livelli di qualità dei servizi.

La regolazione si pone, quindi in un ruolo privilegiato e di primaria importanza a metà strada fra l'utente ed il privato gestore del servizio trovandosi così a dettare le regole di un rapporto trilaterale costituito da un rapporto di utenza ed un rapporto di servizio⁶⁷².

Anche l'attività di regolazione ha affrontato una propria evoluzione nel tempo. In un primo momento l'attività si identificava con il rispetto delle regole, la cui verifica rappresentava l'oggetto dell'attività di controllo per mezzo di un giudizio sulla regolarità della condotta posta in essere dai privati. In tale ottica, l'interesse pubblico sotteso all'attività di regolazione, coincide, generalmente, con l'interesse del mercato concorrenziale⁶⁷³. Infatti si rileverebbe una mancanza di autonomia dell'interesse degli utenti rispetto all'interesse pubblico primario con il quale alle volte si confonde⁶⁷⁴. Diversamente, con riferimento ai servizi pubblici, l'attività di regolazione è funzionale a contemperare la garanzia del corretto funzionamento concorrenziale dei privati, con le esigenze sociali che questi sono tenuti a soddisfare.

Il servizio pubblico è "assunto" dal soggetto pubblico con legge o con atto generale⁶⁷⁵. Anche nell'ambito di questo processo si rende tuttavia

⁶⁷² Sul profilo giuridico, possiamo distinguere, in ordine alla posizione giuridica soggettiva dell'utente:

Nella fase di organizzazione l'utente è titolare di un interesse legittimo. In tale fase, infatti, il gestore esercita un potere d'imperio – con riguardo alle scelte dei mezzi e delle modalità per far fronte al servizio e ai criteri di ripartizione tra i destinatari del servizio;

Nella fase di erogazione, invece l'utente è titolare di un diritto soggettivo (tutelabile davanti al giudice ordinario). In tale fase, invece, il soggetto gestore agisce sul piano privatistico, mediante rapporti contrattuali con gli utenti.

Lo studio di tali rapporti contrattuali ha dato luogo, in dottrina, a 2 concezioni: la cd. teoria soggettiva – è pubblico il contratto in cui il servizio è imputabile direttamente o indirettamente allo stato e la cd. teoria oggettiva – considera servizio pubblico l'attività caratterizzata dalla pubblica utilità o dal pubblico interesse per la collettività, a prescindere dalla natura del sog. erogatore. (Tale opinione poggia sull'art. 43 Cost.)

⁶⁷³ Opt. cit. IACOVONE, *I servizi*, pag. 63

⁶⁷⁴ In tale senso, si è espresso E. MENICHETTI, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti nei pubblici servizi*, in *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, (a cura di) B. CAVALLO, Torino, 2000, p. 307 e ss.

⁶⁷⁵ Sulla essenzialità del ruolo di prefigurazione e di indirizzo dell'attività di organizzazione rispetto a quella di amministrazione attiva, nonché capacità di incidere esternamente sui terzi, attraverso norme di organizzazione, si v. S. CASSESE, *Organizzazione in senso amministrativo*, Torino, 1995, pp. 153 e ss.; R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico e in senso dinamico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU,

necessario un intervento regolativo dei pubblici poteri volto a tutelare l'utente, il quale, nel passaggio dal monopolio alla concorrenza, si trova, da una parte, a poter scegliere tra una pluralità di gestori in competizione tra di loro, e, dall'altra, in una situazione di "asimmetria informativa". Al fine di tutelare "gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione"⁶⁷⁶, da un lato, si stabilisce che ogni esercente è libero di offrire sul mercato i prezzi e le condizioni contrattuali che ritiene maggiormente competitivi; dall'altro si predispongono tutta una serie di garanzie a tutela dell'utente finale: si prevede che siano pubblicate informazioni complete sull'accesso e sulle modalità di fruizione del servizio, che le offerte siano mantenute sul mercato per un congruo periodo di tempo, che siano fissati e pubblicati gli obiettivi relativi ai tempi di fornitura e ai parametri di qualità.

Come già ampiamente chiarito, la disciplina dei servizi pubblici, pertanto, mira a regolare la fornitura delle prestazioni in favore degli utenti e, contestualmente, conferisce alle autorità che le gestiscono, il compito di garantire l'accesso ai servizi in condizioni di uguaglianza al fine di assicurare la pari fruizione sia per le tariffe, che in termini di qualità dei servizi.

Anche le indicazioni che provengono dai provvedimenti del legislatore comunitario sembrano chiaramente superare la politica di valorizzazione delle dinamiche concorrenziali fino ad accogliere "le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori". Invero, secondo il disposto dell'art. 153 del trattato CE, nell'ambito di una politica comunitaria finalizzata alla promozione degli interessi dei consumatori e della loro promozione degli interessi dei consumatori e della loro protezione, la Comunità contribuisce a tutelare gli interessi economici nonché a "promuovere il loro diritto

F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2001 p. 357 e ss.

⁶⁷⁶ Art. 169 Trattato sul funzionamento dell'UE (ex art. 153), comma 1: "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi."

all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”.

Rileva, a tal proposito, l'individuazione delle condizioni della fornitura con particolare *focus* sui profili qualitativi del servizio. Nello specifico, gli strumenti di regolazione e controllo dei livelli qualitativi delle prestazioni sono due, quello per cui *“i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità”* e d'altro canto gli utenti hanno diritto *“all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza”*. Per l'introduzione e l'applicazione di queste regole, il diritto comunitario contempla un'attività normativa degli Stati rivolta a disciplinare i comportamenti degli esercenti, un'attività di ingerenza delle autorità indipendenti e un controllo della Commissione sulle discipline nazionali: l'intervento comunitario di liberalizzazione non si limita quindi a emanare norme generali e astratte, ma presiede anche alla fase di attuazione⁶⁷⁷.

Alla fase dell'assunzione del servizio segue quella della sua erogazione e, cioè, la concreta attività volta a fornire prestazioni ai cittadini. Al fine di predisporre la corretta gestione del servizio, nonché puntando al soddisfacimento dei principi di efficienza e di efficacia - quali corollari del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 della Cost.- che si è favorito l'intervento del privato.

Si delinea, pertanto un triplice ordine di rapporti che vede interagire, in modo circolare e compenetrante, soggetti pubblici e privati: tra Amministrazione di regolazione ed imprese erogatrici, gravate dagli obblighi di servizio pubblico; tra imprese erogatrici, gravate dagli obblighi di servizio; tra questi ultimi e Amministrazione di regolazione, la cui funzione di programmazione costituisce il presupposto condizionante la sussistenza e l'esercizio del diritto alla prestazione stessa.

⁶⁷⁷ V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, in Nss. D. I., II, Torino, 1937, 140; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in www.giustamm.it.

La garanzia dell'efficacia, dell'efficienza e della continuità del servizio rientra fra i doveri dell'Amministrazione alla quale si contrappone, specularmente, la prospettiva soggettiva dell'utente con la conseguente aspettativa all'ottenimento della prestazione. Secondo un modello tradizionale di gestione dei servizi pubblici, l'utente coincideva con l'amministrato e come tale, si riteneva che fosse estraneo dal processo di programmazione dell'attività volta alla sua persona in quanto l'Amministrazione, attraverso l'erogazione del servizio agiva nell'attuazione di un interesse pubblico, seppur differenziato per ciascun settore⁶⁷⁸. Con l'evoluzione della materia, e con la trasformazione dello Stato da cd. "assistenziale" allo Stato cd. "regolatore" il cittadino diviene portatore di un interesse collettivo inteso come interesse "di ciascuno e di tutti".

Con la privatizzazione e la liberalizzazione dei servizi crolla il "mito" del servizio pubblico come modello organizzativo istituzionalmente preordinato a garantire la realizzazione dell'interesse generale e pertanto l'interesse dell'utente acquista una propria individualità⁶⁷⁹.

L'utente, pertanto, destinatario dei servizi pubblici è detentore di una posizione desoggettivata (che può fare a meno di un titolare) nel senso che l'ordinamento si fa carico della possibilità che esso sia curato, assorbendo all'interno delle proprie funzioni amministrative o giurisdizionali⁶⁸⁰.

Con il nuovo ruolo acquisito dagli utenti, divenuti parte integrante del processo anche di regolazione dei servizi, è sorta l'esigenza di sviluppare nuovi modelli di partecipazione dei e controllo da parte degli utenti stessi per cui *"l'insostituibile ruolo che potrebbe giocare la partecipazione degli utenti nel corso stesso dell'attività amministrativa ... e l'importanza, da una parte, di una inequivoca affermazione del principio partecipativo nel nostro*

⁶⁷⁸ *ex plurimis*, G. ALPA, *Interessi diffusi*, in Digesto Civile, IX, Torino, p. 611; atti di convegni raccolti nei volumi AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978

⁶⁷⁹ B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Diritto societario*, 1982, 187; U. ZINGALES, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, sia collettivi che "adespoti"*, in *Tar*, 1995, II, 186

⁶⁸⁰ *ex plurimis*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1990, 180.

ordinamento e dall'altro di una adeguata elaborazione delle forme in cui tale principio potrebbe essere applicato con effettiva utilità"

Nel contesto appena descritto, risulta particolarmente spinosa la qualificazione dell'utente e la sua titolarità di un diritto soggettivo alla qualità dei servizi resi e la posizione che questi ricoprono nel rapporto con le varie Amministrazioni pubbliche, incaricate dell'erogazione dei servizi.

Pertanto, nel corso del lavoro che si sta presentando, si propone un ultimo capitolo, che affronta la problematica legata alla tutela preventiva dell'utente, garantita da un assetto di regole idonee a garantire la qualità dell'erogazione dei servizi integrati culturali e sanitari, partendo, come di consueto, dall'assetto normativo già esistente ed individuando i punti di incontro e di scontro.

VI.1. Tutela preventiva – Il tema della qualità

Connesso al profilo della cd. doverosità⁶⁸¹ dell'attività di prestazione dei servizi pubblici, è il tema della qualità dei servizi prestati e, segnatamente, l'insorgenza del cittadino ad ottenere servizi di qualità.

Negli ultimi anni, la posizione dell'utente dei servizi pubblici è stata oggetto di una decisa evoluzione, caratterizzata dal mutamento della posizione del cittadino che ha ottenuto la qualificazione di soggetto detentore di una titolarità di precisi diritti, riscattando una posizione -tradizionalmente- sottomessa.

Seguendo le orme riformatrici della L. 241 del 1990 che si è inserita nell'ordinamento giuridico italiano con l'obiettivo di perseguire una vera e propria "cittadinanza amministrativa", anche la citata direttiva del 1994, esprime la volontà del legislatore di riconoscere all'utente un ruolo rilevante. Tale centro di imputazione, rappresentato dall'utente, trova una propria collocazione sia nella fase della programmazione dei servizi, sia in quella di verifica sull'efficienza dell'erogazione stessa.

⁶⁸¹ In tal senso si è espresso A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi in Diritto Amministrativo*, 1994

Il riposizionamento della posizione del cittadino utente rispetto al ruolo ricoperto dall'Amministrazione rientra nelle forme di tutela dell'utente stesso, in quanto vi è un'auto-imposizione di regole e standard di qualità alle quali le Amministrazioni che erogano dei servizi sono giuridicamente legati e a cui seguono delle forme di partecipazione, ma anche di reclamo.

In tale evoluzione, la posizione del fruitore ha sancito un netto distacco rispetto alla classica posizione qualificata dal diritto amministrativo⁶⁸² venendo a delineare un ruolo in cui il cittadino assume, indiscutibilmente una posizione paritaria rispetto al gestore del servizio⁶⁸³, acquisendo un diritto soggettivo -seppur non assistito da particolari garanzie né tale da assurgere a rango di diritto costituzionalmente tutelato⁶⁸⁴ - la cui prestazione, sia che abbia natura contrattuale o meno, non può essere sottoposta all'arbitrio del prestatore.

I riferimenti normativi della citata evoluzione, sono riscontrabili nel diritto positivo, ed, in particolare, come individuato dalla dottrina⁶⁸⁵, sono tre le novità in cui è possibile riconoscere normativamente parlando, il diritto dell'utente a usufruire di un servizio pubblico di adeguato livello qualitativo. A scalfire la concezione meramente amministrativa del servizio pubblico interviene la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 con la quale si prevede l'obbligo per tutti i gestori di servizi pubblici, siano questi imprenditoriali o sociali⁶⁸⁶ di adottare una Carta dei servizi, con la quale si stabiliscono obiettivi e risultati che l'ente erogatore deve garantire ai propri utenti⁶⁸⁷.

⁶⁸² S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1998, 189. nonché *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 2001, 242.

⁶⁸³ Opt. cit. IEVA, *Il principio*, p. 12.

⁶⁸⁴ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in CG, 1998, 993, il quale ritiene che l'espressione usata dal legislatore significhi solamente che tali diritti non possono essere violati senza che ciò comporti una sanzione.

⁶⁸⁵ G. NAPOLITANO, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in *Diritto Regionale*, 1996, 16 ss., nonché, con particolare riguardo ai servizi sociali, S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1998, 189

⁶⁸⁶ P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1998, 198.

⁶⁸⁷ La citata normativa, rappresenta una vera innovazione per la disciplina in oggetto, come è stato evidenziato da P. MARCONI, op. cit., 197, la quale sottolinea come l'erogazione dei servizi sia stata stravolta rispetto al passato, in primis perché l'erogazione deve avvenire

Fra gli specifici diritti che vengono riconosciuti ai fruitori dei servizi, si considerano i diritti all'informazione, della partecipazione, l'ottenimento dei risultati attesi che siano in linea con gli obiettivi prefissati dai programmatori dei servizi⁶⁸⁸.

In secondo luogo, viene in considerazione la legge n. 281 del 1998, recante "Disciplina dei diritti e dei consumatori e degli utenti", il cui art. 1, comma 2, lett. g), nell'elencare i "diritti fondamentali" dei consumatori, comprende tra questi il diritto «all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza», introducendo così, con un atto di rango legislativo, una posizione giuridica soggettiva del cittadino in ordine all'efficienza dei servizi pubblici⁶⁸⁹.

Inoltre, un altro richiamo normativo che ha contribuito a questa evoluzione, degno di menzione è l'art. 11 del decreto legislativo n. 286 del 1999, dispone che *"i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, ... alle procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi"*, aggiungendo poi che tutta la materia della qualità del servizio, ivi compresi i casi e le modalità di adozione delle Carte dei servizi, sia disciplinata da direttive del Presidente del Consiglio, ovvero, per i servizi gestiti a livello regionale e locale, da atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la Conferenza unificata Stato – Regioni - Enti locali.

pensando agli utenti destinatari, sia perché assume un valore fondamentale la capacità di porsi degli obiettivi e la conseguente valutazione dei risultati.

⁶⁸⁸ S. BATTINI, op. cit., 191 ss. nonché L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la "carta dei servizi"*, in FA, 2001, 242.

⁶⁸⁹ R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 722

a. La qualità dei servizi;

Con l'introduzione del tema della qualità della gestione della cosa pubblica, inteso come sintesi dei citati principi di efficienza, efficacia e qualità dei servizi erogati, si necessita uno sforzo per “uscire” dalla dinamica dell'autoreferenzialità che ha caratterizzato per anni la gestione amministrativa introducendo, invece, il concetto di *customer satisfaction*⁶⁹⁰.

La soddisfazione dell'utente finale, destinatario nonché beneficiario del servizio pubblico diventa il centro di un parametro di valutazione della gestione amministrativa che attraversa un dialogo recettivo fatto di input, recepimento e risposte adeguate, di caso in caso, in base alle esigenze⁶⁹¹.

Il processo si costituisce di più fasi, di cui la valutazione rappresenta solo l'ultimo stadio di raggiungimento; la pianificazione, che esprime la capacità della PA di saper leggere le necessità; l'efficacia gestionale, che serve a soddisfare il più alto grado di bisogno, ed infine la *customer satisfaction*, che si propone di ottenere informazioni sul grado di soddisfazione della qualità percepita rispetto a quella programmata.

La qualità, se programmata e misurata, può anche garantire lo sviluppo socio economico, strategico e l'efficienza gestionale.

Superando l'irrealistica aspettativa di un concetto di qualità statico o per così dire, finale, il flusso della gestione viene in quest'ottica, sottoposto ad una continua trasformazione che “aggiusta il tiro” della sua gestione in una tensione costante verso il miglioramento.

Il presupposto alla base di tale logica è ben lontano da una concezione di amministrazione autoritaria e gerarchica e distaccato dagli eventi della cittadinanza, si colloca invece nel novero di un servizio reciproco. L'amministrazione è al servizio dei cittadini ed i cittadini beneficiari di un

⁶⁹⁰ D.L. 242/90 introduce principi ispiratori dei controlli introducendo il concetto di “economicità della gestione” della cosa pubblica. Il D.l. In un'ottica sistemica introduce sei forme di controlli interni: Controllo strategico; controllo di gestione; controllo sugli equilibri finanziari; controllo sulla regolarità amministrativa-contabile, controllo sugli organismi partecipati; controllo sulla qualità dei servizi erogati.

⁶⁹¹ C. D'ARIES, *La qualità nei servizi pubblici locali*, Cedam, 2020

servizio⁶⁹², sono al servizio dello Stato, attraverso la contribuzione pubblica (pagando tasse e tariffe).

Il primo aspetto giuridico che emerge quando si parla di qualità delle amministrazioni, rispetto alla qualità che deve essere rispettata da un'azienda è che fra la Pubblica Amministrazione e l'utenza finale il rapporto che si instaura è tri-direzionale. Lapalissianamente, se l'obiettivo aziendale si svolge in una logica della soddisfazione del bisogno dell'individuo che porti profitto all'azienda, l'Amministrazione agisce seguendo degli obiettivi politici, che la legge gli impone⁶⁹³, volti a soddisfare un interesse collettivo. L'interesse collettivo, che rappresenta un presupposto per l'attività amministrativa⁶⁹⁴, è l'insieme dei valori, bisogni, prospettive e garanzie che alimentano l'azione amministrativa che non può essere disattesa solo per mancanza di percezione da parte dell'utente finale. L'interesse collettivo, infatti, non rappresenta i “bisogni” dei destinatari diretti dei servizi, come invece è il target di un'azienda, ma esprime il naturale dispiegarsi dell'azione amministrativa i cui effetti si riverberano potenzialmente sull'intera comunità presente e futura.

É chiaro, che in quest'ottica, la complessità della valutazione della qualità dell'azione amministrativa opera un netto distacco dalla metodologia con cui si valuta la qualità di un'azienda privata. Difatti oltre che il risultato o la percezione pubblica dello stesso, la qualità pubblica deve essere ricondotta al processo, ai tempi di realizzazione, al rispetto della normativa nazionale ed europea⁶⁹⁵.

L'amministrazione pubblica si trova da diversi anni al centro di profondi cambiamenti, spinta da forze provenienti da diverse direzioni che

⁶⁹² Art. 112 TUEL “*Servizi pubblici locali*”: Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedendo alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Ai servizi pubblici locali si applica il capo III del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286, relativo alla qualità dei servizi pubblici locali e carte dei servizi.

⁶⁹³ in virtù del ben noto principio di legalità che regge l'Agire amministrativo.

⁶⁹⁴ A. IPPOLITO, *I processi di responsabilizzazione dei fruitori nella pubblica amministrazione*, in Finanza Locale, p.816, nostro quanto scritto tra parentesi, 2001.

⁶⁹⁵ Opt. cit. C. D'ARES *La qualità*, p. 56

incentivano ad un riesame della propria organizzazione, sul modo di amministrare e gestire efficacemente i servizi.

Altri fattori che di certo sono intervenuti ad influenzare la complessità del tema, è certamente l'esigenza di far fronte agli obblighi di rispettare il *patto di stabilità* o di *pareggio di bilancio*; invero, la progressiva riduzione dei trasferimenti centrali, il riassetto delle competenze e delle funzioni a seguito della L. n. 3 del 2001 e quindi l'aumento dei servizi da erogare che stanno convincendo gli Enti locali a coinvolgere sempre di più gli *stakeholders* anche attingendo al mondo del privato⁶⁹⁶.

Dalla riforma della PA degli anni 90, numerose sono le disposizioni normative che si sono imbarcate nel processo di rinnovamento, volte a sollecitare nuove forme di gestione organizzativa con l'obiettivo di soddisfare i bisogni dei cittadini con efficacia, efficienza ed economicità in ottemperanza con i principi già espressi dalla costituzione e che si possono raccogliere nel "buon andamento" dell'azione amministrativa (art. 97 Cost). Con l'obiettivo di illustrare brevemente e senza previsione di esaustività l'evoluzione normativa sul tema, segue una breve disamina di interventi legislativi che ha portato al cambiamento sulla qualità dei servizi in oggetto⁶⁹⁷.

Sin dai primi anni 90, con la L. 241 è stata introdotta la possibilità per il cittadino di autotutelarsi dinanzi alla burocrazia della Pubblica amministrazione, superando il posizionamento subordinato ed acquisendo un rapporto paritetico, con l'obbligo per l'ente di predisporre e tenere aggiornato l'elenco dei procedimenti con l'individuazione e l'indicazione di un responsabile del procedimento⁶⁹⁸.

A seguito della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 27 gennaio 1994, è stato introdotto l'obbligo di adottare una Carta dei servizi

⁶⁹⁶ Sugli effetti del patto di stabilità,

⁶⁹⁷ S. BATTINI, op. cit., 191 ss. nonché L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la "carta dei servizi"*, in FA, 2001, 242

⁶⁹⁸ R. BAZZANI, *Linee di rinnovamento della pubblica amministrazione: evoluzione normativa e soluzioni applicative* in Azienda Pubblica, 1998, A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile* in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2002, p.1076.

quale importante strumento di tutela per i cittadini. Impostando dei livelli minimi di prestazione che devono essere garantiti agli utenti, le Carte dei Servizi hanno introdotto obiettivi di efficienza per molti servizi pubblici e la possibilità per il cittadino di verificare personalmente la qualità di quanto fornito⁶⁹⁹.

Nel 1999 con il D.lgs 286, l'art. 11 statuisce che *“I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi”*⁷⁰⁰.

L'incentivo e lo stimolo allo sviluppo delle competenze del personale impiegato nella Pubblica amministrazione, riconosciuto come elemento centrale di qualsiasi processo di cambiamento e miglioramento è sopraggiunto con la Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Finanza Pubblica del 19 dicembre 2006 (G.U. n. 226 del 28 settembre 2007) per una *“Pubblica amministrazione di qualità”* che costituisce sostanzialmente un richiamo forte alle amministrazioni pubbliche sulla qualità e il miglioramento continuo, attraverso l'adozione di processi di autovalutazione delle prestazioni rese e la pianificazione dei cambiamenti necessari ad ottimizzare i processi di produzione e di erogazione dei servizi e la razionalizzazione dell'uso delle risorse al fine di

⁶⁹⁹ L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014,1001 ss. La Class Action introdotta nel codice del consumo con la legge finanziaria per il 2008 (l. 24.12. 2007, n. 244, art. 2,co. 445-449) e stata successivamente modificata dall'art. 49 della l. 23.08. 2009, n. 99 e dall'art. 6 del d.lgs. 1/2012 convertito in l. 27/ 2012, a tal riguardo alle modifiche normative si veda Cfr. E. MINERVINI, sub art. 140 bis in Codice del consumo. Commentario a cura di G.ALPA e L.ROSSI CARLEO, Napoli 2005; *Le modifiche al codice del consumo* a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Torino,2009; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006. L'azione è stata abrogata a decorrere dal 19 novembre 2020, dall'art. 5 co.1, l. 12 aprile 2019, n. 31 come modificato dall'art. 8, co. 5 dl. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020 n.8.

⁷⁰⁰ In questo senso, vedi C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552)*, in www.giustamm.it, secondo cui con il ricorso per l'efficienza si avvia «un processo di individualizzazione dell'interesse diffuso». La differenziazione realizzata mediante l'attribuzione al singolo individuo della legittimazione ad agire fa sì che l'interesse diffuso acquisisca il carattere di situazione giuridica degna di tutela giurisdizionale, con l'unica particolarità di potere appartenere a un numero indeterminato di soggetti.

anticipare le aspettative e le esigenze dei cittadini che hanno il ruolo essenziale di indirizzare i percorsi di cambiamento nella giusta direzione, essendo portatori di interessi e destinatari delle politiche pubbliche⁷⁰¹.

Quando si parla di “statuizione della qualità per legge” è importante altresì citare il comma 461 dell'art. 2 della Finanziaria 2008 (Legge n. 244/2007) che aveva previsto norme stringenti per i soggetti contraenti il Contratto di servizio, ossia per il regolatore e il gestore dei servizi pubblici locali, al fine di tutelare i diritti dei consumatori⁷⁰² e degli utenti e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni.

La finalità della disposizione normativa appena descritta, nel loro complesso mirano a portare la “nuova” pubblica amministrazione non solo a garantire i servizi, ma ad assicurare la qualità dei servizi erogati.

Il comma 462 dell'art. 2 della L. 244/2007, al fine di tutelare i diritti dei consumatori⁷⁰³, prevede che in sede di stipula dei contratti di servizio gli Enti Locali obbligano il gestore a redigere una specifica “Carta della qualità dei servizi”, di cui si dirà a breve.

Rispettando i presupposti di orientamento dei servizi all'utente al fine di evitare l'autoreferenzialità di cui si è parlato poc'anzi, gli utenti destinatari dei servizi diventano attori del processo di erogazione dei servizi stessi. Gli strumenti con cui perpetrare modalità di coinvolgimento, dovranno intervenire già in sede di stipula dei contratti di servizio, quali:

- la consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori per la redazione e la pubblicazione della Carta della Qualità dei servizi, con la partecipazione, inoltre, delle associazioni imprenditoriali di settore;

⁷⁰¹ D. DE CARO, *Il ruolo della qualità nei servizi pubblici*, in *Amministrazione in Cammino*, 03/2010.

⁷⁰² R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in NLCC, 2001, 722, nonché G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in CG, 1998, 993, il quale ritiene che l'espressione usata dal legislatore significhi solamente che tali diritti non possono essere violati senza che ciò comporti una sanzione. Si veda anche V. ONIDA, *Regioni ed enti locali per la tutela dei consumatori*, in Re, 1983, 362, il quale ritiene che in generale i diritti dei consumatori rivestano tale carattere, in quanto la loro tutela presuppone interventi statali (come, secondo l'esempio riportato dall'Autore, il diritto a fruire di determinati standard dei servizi pubblici).

⁷⁰³ R.J. FLACCO, *La Class Action amministrativa a tutela della qualità nei servizi pubblici: nuove prospettive per la pubblica amministrazione al vaglio della giurisprudenza*

- la verifica periodica dell'adeguatezza di parametri quantitativi e qualitativi dei servizi, in conformità a quanto riportato nel Contratto di servizio tra ente pubblico e soggetto erogatore del servizio;
- l'adozione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri negoziati nel suddetto Contratto di servizio e nella Carta della Qualità, sotto la diretta responsabilità dell'Ente Locale;
- l'istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi.

La definizione della qualità si costruisce attraverso il preventivo coinvolgimento degli utenti i quali hanno la possibilità di esprimere le proprie percezioni, esigenze e necessità nel corso di indagini di verifica periodica. Il raggiungimento di un piano paritetico fra la PA e l'utente fa in modo che la PA non possa più ignorare le esigenze della collettività divenendo così co-attori della performance.

Nell'erogazione dei servizi alla persona, siano essi di natura sociale e socio-assistenziale (quali assistenza domiciliare, interventi per minori, comunità di accoglienza, residenze assistenziali) o per il tempo libero e la cura della persona (servizi ricreativi per l'infanzia, centri di aggregazione giovanile, refezione scolastica, attività di natura animativa per la terza età), la valutazione risponde alla necessità pratica e deontologica di verificare la qualità delle prestazioni erogate e di comprenderne meglio il funzionamento, ai fini di incrementare l'efficacia e la sostenibilità, in una prospettiva di miglioramento continuo⁷⁰⁴.

Se guardiamo al rapporto che si instaura con il gestore dei servizi, che potrà essere un soggetto terzo rispetto all'amministrazione.⁷⁰⁵, ovvero un

⁷⁰⁴ Sono specifici gli standard che si riferiscono alla singola prestazione e che, come tali, possono essere verificati dal singolo utente. Sono al contrario generici gli obiettivi che si riferiscono alla generalità delle prestazioni erogate e che pertanto sfuggono alla possibile misurazione da parte di un utente. Sulla distinzione vedi Opt. cit. P. MARCONI *La carta dei servizi pubblici e la citizen's charter*, p. 63,

⁷⁰⁵ La Sezione di controllo della Regione Friuli Venezia Giulia della Corte dei conti è recentemente intervenuta, con la deliberazione n. 4/2017, in merito alla possibilità di esternalizzare i servizi dei comuni che risultano sprovvisti di personale idoneo al loro svolgimento in forma diretta. La possibilità di esternalizzare i servizi dei comuni che risultano sprovvisti di personale idoneo al loro svolgimento in forma diretta sorge al fine di soddisfare esigenze organizzative e funzionali a cui la struttura degli enti non è in grado di

organismo partecipato dell'amministrazione viene affidato il compito di eseguire scrupolosamente quanto fissato nel Contratto di servizio e nella Carta della Qualità, sottoponendosi ad un'attenta verifica dei risultati raggiunti in quanto è il gestore che dovrà impegnarsi all'utilizzo degli strumenti messi a disposizione, nonché alla realizzazione degli obiettivi prefissati.

Da un punto di vista prettamente giuridico, la triangolazione negoziale che si viene a creare nell'erogazione dei servizi pubblici svolti da terzi è pensata su un livello di tensione di doveri e responsabilità tale da stimolare un miglioramento della performance⁷⁰⁶.

In tale rapporto, ciascuna parte svolge un proprio ruolo, all'Ente pubblico spetta il ruolo di impulso di reperimento dei fondi e di coordinamento e di applicazione effettiva, dal cittadino, invece ci si attende coinvolgimento nelle politiche locali che si esprime nella condivisione dei propri interessi; infine, gli enti regolatori dei servizi, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art 147 del TUEL devono sviluppare adeguate capacità programmatiche nella gestione dei servizi, a prescindere che siano gestiti in economia ovvero affidati a società, prevedendo nei Documenti Unici di Programmazione, adeguati "programmi" e/o progetti in cui si individuano e condividono degli

fare fronte per le sue carenze quantitative o qualitative. Sulla esternalizzazione a supporto dell'azione amministrativa è intervenuta spesso la Corte dei conti con una giurisprudenza controversa che ritiene danno erariale l'affidamento all'esterno di compiti attribuiti dalla legge alla pubblica amministrazione. Nel caso di specie, la detta Sezione ha esaminato il caso di un piccolo ente locale alle prese con l'organizzazione dell'ufficio finanziario in cui attualmente vi è solo il segretario comunale che svolge le funzioni di responsabile senza avere alcun supporto. Il comune ha tentato invano, tra l'altro, di reperire personale dalle disciolte province, di attingere personale da graduatorie valide di altri concorsi del comparto unico del pubblico impiego regionale (in quanto, al momento, le graduatorie in parola non erano utilizzabili) e di sviluppare forme di collaborazione con le Amministrazioni comunali limitrofe, che non hanno ritenuto di aderire. Tra le varie opzioni proposte dal sindaco nel parere richiesto alla Corte dei conti appare anche quella di poter esternalizzare il servizio di contabilità.

⁷⁰⁶ A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in diritto Amministrativo, 1994, p.620, evidenzia che "La carta dei servizi detta, così, una serie di prescrizioni volte a consentire la misurazione della qualità della prestazione, attraverso standard che ne stabiliscano il livello di adeguatezza; tali misure si atteggiano, poi, in qualche modo, come determinate per la partecipazione degli utenti e quindi, in certe misure, concordate. Sotto questo profilo, appare evidente che la carta dei servizi si inserisce in quel modo di pensare che vede nel principio di efficienza una condizione di legittimità sostanziale dell'azione amministrativa, e nella misurabilità e verificabilità, sia dell'azione amministrativa che dei risultati raggiunti, una condizione della sua democraticità".

obiettivi qualitativi e quantitativi dei servizi da erogare alla collettività, con la specifica individuazione di parametri che diverranno, poi, la base contenutistica dei Contratti di servizi e nella Carta della qualità⁷⁰⁷.

Innanzitutto la conoscenza delle aspettative e dei bisogni del destinatario del servizio è una condizione indispensabile per costruire indicatori di misurazione e verifica della qualità, come rapporto tra prestazioni erogate e bisogni soddisfatti⁷⁰⁸.

Nelle pubblica amministrazione per *customer satisfaction* si intende l'individuazione del potenziale di miglioramento dell'amministrazione, nonché dei fattori su cui registra lo scarto maggiore tra ciò che l'amministrazione ha potuto realizzare e l'aspettativa degli utenti sulla soddisfazione di un certo bisogno. La rilevazione della *customer satisfaction* serve a costruire un modello di relazione amministrazione-cittadini basato sulla fiducia e a dare nuova legittimazione all'azione pubblica fondata sulla capacità di dare risposte tempestive e corrispondenti ai reali bisogni dei cittadini e delle imprese. La *customer satisfaction* è uno dei parametri più rilevanti del sistema di programmazione e controllo della qualità dei servizi, ed è inteso come indicatore della qualità dei servizi pubblici è ben lontano dalla nozione di "questionario" che può essere quella più diffusa, afferisce invece alla definizione del rapporto bilaterale con la programmazione operata dall'Ente e agli obiettivi che si è posto in termini di qualità, per poterne verificare la percezione da parte del destinatario finale di quei servizi⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la carta dei servizi* in Foro Amministrativo, 2001.

⁷⁰⁸ D.lgs. n. 286/1999 Principi sull'erogazione dei servizi pubblici, Art. 11 - "Qualità dei servizi pubblici" Comma 1 (miglioramento continuo e partecipazione) "I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi". L'obiettivo ultimo dell'intera impostazione del ciclo della performance è: - Il miglioramento della qualità dei servizi con un innalzamento progressivo degli standard di qualità; - ottimizzazione dei costi dei servizi attraverso progressivo miglioramenti degli standard economici.

⁷⁰⁹ S. BALDASSARI E G.UGOLINI, *L'impiego della customer satisfaction per la valutazione dell'efficacia esterna nelle attività delle pubbliche amministrazioni*, News del SISTAN 2009.

Intendendosi pertanto più che superata la tesi liberale per cui anche nei servizi pubblici, l'interesse pubblico perseguito attraverso l'attività di regolazione sottende all'interesse del mercato concorrenziale, è possibile sostenere se non una coincidenza, quantomeno una tangenza fra l'interesse alla prestazione individuale con l'interesse pubblico concreto.

Allorquando la regolazione incida sull'attività di erogazione dei servizi pubblici, la previsione in sede normativa non potrà essere considerata solo a garanzia degli operatori economici, attraverso la mera garanzia del corretto funzionamento, attesa la varietà di interessi pubblici attraverso cui l'attività di regolazione viene esercitata⁷¹⁰. Pertanto, senza l'intento di voler richiamare la tesi tradizionale della cd. "doppia nozione di interesse pubblico" è comunque possibile sostenere che l'interesse pubblico coincide con il soddisfacimento dei bisogni degli utenti, e dunque è perseguito attraverso ed in virtù del soddisfacimento di tale interesse⁷¹¹.

La pubblica amministrazione che decida di assumere la responsabilità di un pubblico servizio accetta di dover soddisfare della la domanda di prestazione

⁷¹⁰ Opt. cit. G. IACOVONE, *I servizi* p. 65

⁷¹¹ Sul tema della doppia nozione di interesse pubblico, Cfr. Dottrina autorevole e maggioritaria già da tempo ha osservato che non esiste una nozione unitaria di pubblico interesse, e che pertanto occorre distinguere tra: *interessi pubblici astratti e generali*, che qualificano teleologicamente l'agire amministrativo, nel senso che il potere amministrativo è vincolato immutabilmente nel fine dalla norma, è funzionalizzato al perseguimento dell'interesse della comunità per il quale è stato attribuito (es. legge n. 349 del 1986, che attribuisce istituzionalmente al Ministero dell'Ambiente la cura dell'ambiente), ed è valorizzato dall'utilizzo di alcuni strumenti (es. le conferenze di servizi, atti di concerto che coordinano gli interessi pubblici di una pluralità di amministrazioni, ecc.); *interessi pubblici concreti, o settoriali*, che per loro natura sono mutevoli, sfuggenti, in continua trasformazione perché legati ai fini selezionati dalle singole amministrazioni e modellati sulle esigenze variabili della collettività (es. nel potere di pianificazione territoriale, l'autorità urbanistica deve valutare discrezionalmente se privilegiare –rispetto ad una data zona del piano– l'interesse pubblico "economico-produttivo" che richiederebbe la realizzazione di uno stabilimento, o l'interesse pubblico "abitativo" che richiederebbe la realizzazione di un parco naturale).

Accanto agli interessi pubblici generali, dunque, possono configurarsi interessi pubblici particolari, specifici, ascrivibili a singole amministrazioni e dunque parziali, che possono sovrapporsi o contrapporsi ai primi: fintanto che questi restano interessi di settore, sono gerarchicamente subordinati ai primi e quindi non possono prevalere su di essi, tanto più che nell'attuale ordinamento risultano addirittura recessivi. Sul tema fra molti Cfr. Casetta, E., *Attività amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 522 ss.; B.CAVALLLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. Santaniello*, III, Padova, 1993; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005; B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, Milano, 2006, 520; B.G.Mattarella, *L'attività*, in *Tratt. Cassese*, Milano, 2003, 669 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 75 ss.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann., III, Milano, 2010, 46 ss.; R. VILLATA, -M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2006.

“secondo le garanzie di erogazione che tale qualificazione giuridica comporta, ovvero secondo quei limiti dettati dalla disciplina che contraddistingue il servizio pubblico da qualsiasi altra impresa del settore. Conseguentemente, le forme di gestione e le conseguenti forme organizzative del servizio devono essere indirizzate verso il soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso al servizio stesso ed in nome del quale la legge gli ha conferito spazio di azione. Il conseguimento di tale fine, deve pervenire nei termini e nei modi adeguati.

Operando il tentativo di guardare attraverso un caleidoscopio e di tracciare i confini della forma geometrica che contenga tutte le altre al suo interno che ruotano autonomamente, la gestione amministrativa è unitaria e come tale è necessaria che mantenga la visione dell'insieme. Così il concetto di “qualità” è un parametro trasversale e allo stesso contenitore di tutte le forme di gestione⁷¹². Il giudizio di percezione che l'Amministrazione si porta a casa al termine della gestione si pone l'obiettivo di misurare la capacità della pubblica amministrazione sulla:

- pianificazione/programmazione che esprime la capacità di saper decidere di cosa ha bisogno;
- l'efficacia gestionale che mira a soddisfare un più alto grado di soddisfazione;
- *customer satisfaction*, che ha l'obiettivo di ottenere informazioni sulla soddisfazione della qualità percepita dai destinatari dei servizi rispetto a quelli programmati.

Chiaramente tale analisi del processo di amministrazione è possibile grazie al sistema, ormai affermato, di gestione trasparente in cui è possibile tracciare l'iter della logica, della tempistica, così come della parte finanziaria della pubblica amministrazione.

b. La carta dei servizi

Si è brevemente accennato di come uno degli elementi principali di garanzia del diritto dell'utente del servizio pubblico sia la carta dei servizi. Ebbene, a

⁷¹² *Opt. cit. C. D'ARES, la Qualità*, p. 112.

parere di chi scrive, non vi sono ragioni per non estendere tale previsione anche ai servizi integrati.

La Carta dei Servizi è uno strumento di cui si avvale il soggetto pubblico che è demandato ad erogare un pubblico servizio. Al fine di adottare detto strumento, l'ente dovrà approcciarsi alla disciplina del "projecting" migliorando le proprie capacità di programmazione. In primis, individua gli standard della propria prestazione, dichiarando i propri obiettivi e riconoscendo specifici diritti al cittadino. Si tratta, quindi, di un mezzo che risponde alle richieste provenienti da un'utenza sempre più attenta alla tutela dei propri interessi nel tentativo di adeguare l'erogazione di servizi di pubblica utilità a quelle che sono le istanze ed i bisogni effettivi dei consumatori-utenti rispettando determinati standard quantitativi e qualitativi⁷¹³.

L'adozione della carta dei servizi da parte dei soggetti erogatori (siano essi pubblici o privati)⁷¹⁴ rappresenta, come abbiamo visto, un obbligo di legge, stabilito in via generale dal comma quarto dell'articolo 101 del Codice del Consumo, nonché dall'articolo 11 del d.lgs. 286 del 1999: l'ente erogatore assume quindi una serie di impegni, volti a garantire livelli di qualità predeterminati e verificabili, la cui esatta esecuzione può costituire oggetto di pretesa da parte degli utenti. Appaiono necessari due chiarimenti, la natura giuridica delle carte, e, in secondo luogo, il rapporto che si instaura fra il loro contenuto⁷¹⁵ con quello dei singoli contratti stipulati con l'utente⁷¹⁶.

⁷¹³ Il d.l. n. 163 del 12.05.1995, convertito con l. n. 273 dell'11.07.1995 prevedeva l'adozione, da parte di tutti i soggetti erogatori di servizi pubblici, anche operanti in regime di concessione o mediante convenzione, di proprie Carte dei Servizi adottate sulla base di schemi generali di riferimento. Per il settore sanitario detto schema di riferimento è stato adottato con D.P.C.M. del 19 maggio 1995.

⁷¹⁴ A. M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività*, in *Politica del diritto* n. 3, settembre 2007, p. 475.

⁷¹⁵ Opt. cit. C. D'ARES, *La qualità* p. 85

⁷¹⁶ L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico – Dall'organizzazione alla "Carta dei servizi"*, Ipsosa, 2002, 109. Sulle carte dei servizi, in generale, v. G. VESPERINI-A. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997; G. SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, in *Reg. e gov. loc.*, 1994, 719 ss.; C. LACAVA, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/1996, 873 ss.; A. MARINO, *Servizi pubblici e carta dei servizi: un quadro metodologico-organizzativo*, in *Il nuovo gov. loc.*, 3/1997, 155 ss.; P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la*

La natura giuridica della carta dei servizi è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina, a causa delle lacune non normate espressamente da parte del legislatore, il quale lo dispone espressamente come forma di tutela preventiva per l'ente, ma d'altra parte, rinuncia a definire con precisione le modalità esatte di emanazione o di formazione delle stesse. In tale contesto, appare quanto mai rilevante, pertanto, il processo di adozione dovendo superare l'iniziale approccio della Carta dei servizi come un mero adempimento normativo e dovendo accogliere, piuttosto, come un patto stretto fra l'Amministrazione ed i cittadini quale strumento organizzativo funzionale alla realizzazione dei diritti del cittadino-utente e ad una migliore qualità del servizio⁷¹⁷.

Al fine di definire la natura giuridica delle carte, appare necessario dover primariamente distinguere quelle adottate dall'ente pubblico, da quelle, invero, adottate dall'ente privato. Nel primo caso, infatti ci troveremo dinanzi ad un atto amministrativo, nel secondo caso, invece, la carta avrà un espresso richiamo nel provvedimento concessorio⁷¹⁸.

Quindi, per gli enti pubblici la carta è un atto interno nel senso che rimane inserita nell'ambito delle diverse disposizioni regolamentari che disciplinano l'attività, mentre per i servizi erogati da soggetti privati, il contenuto della carta dei servizi è destinato a riflettere i suoi effetti sul rapporto contrattuale sottostante, rimanendo tuttavia un atto integrativo *ab externo*⁷¹⁹.

Rileva, altresì, per la natura giuridica delle carte, il rapporto tra la carta e il singolo contratto che l'utente conclude con l'ente erogatore: difatti le carte

Citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi, in Riv. trim. dir. pubbl., 1/1998, 197; M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in Giorn. dir. amm., 8/1998, 790, nonché *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in Giorn. dir. amm., 6/2001, 636 ss.; M. MANCINI PROIETTI, *La Carta dei servizi pubblici in Italia. L'evoluzione del quadro normativo*, in Nuova rass., 11/2000, 1139 ss.

⁷¹⁷ G. VESPERINI, *L'attuazione della Carta dei servizi in Italia*, in Rivista Trimestrale Diritto Pubblico, 1, 1998, p. 174.

⁷¹⁸ Opt. cit. L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico*, p. 128 ss.

⁷¹⁹ La finalità di questo istituto è infatti quella di completare la regolamentazione negoziale in favore dell'utente, attraverso la predisposizione di una disciplina particolare, di matrice pubblicistica, che va ad aggiungersi a quella scaturente dall'autonomia privata, ed avente a oggetto l'erogazione di servizi alla collettività secondo parametri qualitativi garantiti. Tali regole, non vanno confuse con le clausole generali di contratto: mentre queste ultime hanno la finalità di regolare sul piano privatistico le relazioni tra ente erogatore ed utente e sono predisposte unilateralmente nell'interesse dell'impresa.

dei servizi interagiscono con il contratto di utenza, integrandolo *ab externo* e concorrendo, da una parte, a costruirne il regolamento contrattuale, e, dall'altra, potendo rappresentare un limite alla validità della clausole contenute in questi contratti⁷²⁰. La carta dei servizi è fonte di obbligazioni ex art. 1374 c.c. avendo forza imperativa per diretta previsione legislativa⁷²¹, secondo quanto disposto dall'articolo 101, comma quarto del Codice del Consumo, nonché dall'articolo 11 d.lgs. 286 del 1999, pertanto le obbligazioni contenute nella carta dei servizi infatti obbliga l'esercente a predisporre modelli contrattuali coerenti e conformi. Diversamente, in caso di difformità fra il servizio reso e quello previsto dalla carta, è necessario distinguere, in caso il livello di tutela è maggiore, la previsione, seppur difforme, rimane valida, in caso di variazione volta a diminuire le forme di tutela rispetto a quelle predisposte dalla carta, questa dovrà considerarsi invalida ed inefficace⁷²².

Un altro strumento contrattuale, adoperabile dall'Amministrazione, per indirizzare i soggetti deputati all'erogazione dei pubblici servizi a garantire il rispetto di standard di qualità, è il contratto di servizio. Tale strumento si sostanzia in un patto che intercorre tra l'ente pubblico e il gestore, scelto con gare ad evidenza pubblica, svolte nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di concorrenza⁷²³. Attraverso il contratto di servizio l'ente pubblico può garantire che il gestore agisca nel rispetto di determinati criteri e con lo scopo di raggiungere determinati obiettivi; a fronte dell'assunzione, da parte dell'ente pubblico, di quegli obblighi di contribuzione economica che si rendono necessari nell'erogazione di un servizio di interesse

⁷²⁰ Opt. cit. G. IACOVONE, *I servizi p. nonché A. M. BENEDETTI, utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, cit., p. 471

⁷²¹ Art. 1374 c.c.: *“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.”*

⁷²² E infatti le disposizioni sulla carta dei servizi possono considerarsi coperte, anche se indirettamente, dalla tutela apprestata dall'articolo 134 del Codice del Consumo che, affermando la natura imperativa delle norme del codice stesso, sancisce in via indiretta l'inderogabilità sia dell'art. 101, comma 4 che prevede l'adozione delle carte, sia dell'art. 11 d.lgs. 286 del 1999 che ne configura i contenuti.

⁷²³ Sul tema del contratto di servizio, *Cfr.*, tra molti D. D'AMICO, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, giugno 2022.

generale⁷²⁴. Seppur tale strumento non attiene direttamente al rapporto di utenza, può comunque avere degli effetti indiretti sui diritti e sugli interessi degli utenti - i terzi, destinatari dei servizi -, ciò si rende possibile limitando l'autonomia del gestore imprenditore e assumendo verso l'ente pubblico l'impegno contrattuale di fornire il servizio secondo le modalità concordate nel contratto, e soprattutto nel rispetto dei livelli qualitativi in esso disposti⁷²⁵.

Con riferimento al settore legato alla salute pubblica, le aziende sanitarie locali e le aziende ospedaliere sono tenute a pubblicare una Carta dei Servizi per illustrare ai cittadini le strutture disponibili, i servizi offerti e gli strumenti di tutela a loro disposizione. La Carta dei Servizi Sanitari serve, quindi, a tutelare i diritti degli utenti, attraverso l'attribuzione al cittadino di un potere di controllo diretto sulla qualità dei servizi erogati⁷²⁶.

La Carta dei Servizi nel settore sanitario si basa su alcuni principi fondamentali⁷²⁷ fra cui l'uguaglianza in quanto l'accesso ai servizi sanitari deve essere garantito senza alcuna distinzione per motivi di sesso, razza, religione ed opinioni politiche; l'imparzialità, poiché la prestazione dei servizi sanitari deve avvenire senza alcuna tipo di favoritismo; la continuità

⁷²⁴ L' articolo 35 della Legge 448/01 (riformando gli articoli 113 e 113 bis TUEL) ha introdotto l'obbligo di contratto di servizio per la regolazione dei rapporti tra Pa e soggetto erogatore del servizio pubblico in relazione ad ogni ipotesi di affidamento di servizio pubblico locale. Previsto che il contratto di servizio vada allegato al bando di gara, nella fase di scelta del soggetto gestore. Tale disciplina ha trovato conferma nuovamente dalla riforma dei servizi pubblici locali operata dall' articolo 14 D. L. 269/03 (convertito in L. 326/03) e dalla collegata Legge Finanziaria 2004 Legge 350 / 03. Pertanto, alla luce delle citate normative, il contratto di servizio ha acquisito una centralità determinante nel sistema dei servizi pubblici.

⁷²⁵ Il contratto di servizio infatti può regolare, tra le altre cose, le tariffe praticate agli utenti, gli standard qualitativi del servizio, i diritti e i rimedi da riconoscere in capo all'utente e, nel caso di inadempimento, il gestore risponderà secondo le normali regole di responsabilità contrattuale o attraverso l'applicazione delle sanzioni regolate dallo stesso contratto, quali penali, indennizzi e rimborsi.

⁷²⁶ Art. 14 rubricato "Diritti dei cittadini" D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i., 30 Dicembre 1992 (in Gazzetta Ufficiale 7 gennaio 1994 n.4) comma 4 "Al fine di favorire l'orientamento dei cittadini nel Servizio sanitario nazionale, le unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere provvedono ad attivare un efficace sistema di informazione sulle prestazioni erogate, sulle tariffe, sulle modalità di accesso ai servizi. Le aziende individuano inoltre modalità di raccolta ed analisi dei segnali di disservizio, in collaborazione con le organizzazioni rappresentative dei cittadini, con le organizzazioni di volontariato e di tutela dei diritti".

⁷²⁷ I principi sono delineati dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 Gennaio 1994 (in Gazzetta Ufficiale 22 febbraio 1994, n.43).

poiché l'erogazione dei servizi sanitari deve essere continua e regolare. In caso di funzionamento irregolare debbono essere adottate misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile; ed inoltre la partecipazione: i cittadini, direttamente o tramite le Associazioni che li rappresentano, devono sempre poter esprimere le proprie opinioni sui servizi che li riguardano, prevedendo appositi strumenti di partecipazione e coinvolgimento; le finalità del servizio permangono l'ottenimento dell'efficacia e dell'efficienza: il servizio deve essere erogato secondo gli obiettivi prefissati e in modo tale da non disperdere le risorse umane ed economiche a disposizione; diritto di scelta: il cittadino ha diritto di scegliere, tra i soggetti che erogano servizi sul territorio, quelli di cui ha necessità.

Il legislatore, ha fornito delle linee guida, seppur con fonti frastagliate e poco omogenee, definendo, in particolar modo il principio cardine della Carta dei Servizi Sanitari è quello secondo cui l'ente erogatore adotta standard di quantità e di qualità del servizio di cui è tenuto ad assicurare il rispetto, pubblicizza gli standard adottati di cui informa il cittadino, verifica il rispetto degli standard e il grado di soddisfazione degli utenti, garantisce il rispetto dello standard adottato, assicurando al cittadino la specifica tutela, attraverso forme di rimborso nei casi in cui sia possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, allo standard pubblicato. Nello spirito della Carta dei servizi, gli standard della qualità del servizio devono riguardare l'intera esperienza del cittadino che viene a contatto con le strutture sanitarie (per esempio, l'ospedale o il poliambulatorio specialistico) e devono toccare tutti i fattori percepibili dall'utente, distinguendo la qualità tecnica della prestazione sanitaria dal tema della qualità del servizio.

Nel caso in cui i principi di cui si è detto vengano violati, la Carta prevede le modalità, da pubblicizzare nei modi più opportuni, attraverso le quali gli stessi cittadini possono facilmente accedere alle procedure di reclamo. E qui entrano in gioco non solo i soggetti erogatori, ma anche le Regioni quali entità cui compete istituzionalmente la programmazione, il finanziamento,

l'organizzazione, la gestione ed il controllo delle attività destinate alla tutela della salute. Sempre nella stessa direzione, se gli standard di qualità previsti dalla Carta dei Servizi non vengono rispettati o nell'ipotesi di disservizio, atto o comportamento che abbiano negato o limitato la fruibilità delle prestazioni, il cittadino può presentare reclamo all'Ufficio Relazioni con il Pubblico (Urp) istituito presso ciascun ente. Quest'ultimo, oltre a compiti di informazione e orientamento, si occupa anche della raccolta e della gestione delle segnalazioni provenienti dai cittadini, allo scopo di migliorare i servizi forniti dalla struttura⁷²⁸.

Dalla descrizione appena svolta, emergono chiaramente caratteristiche, di questo strumento, quali la flessibilità e la sua formazione condivisa fra più operatori sul territorio, che rendono la carta dei servizi uno strumento idoneo per poter accogliere e guidare l'erogazione di servizi integrati culturali e sanitari, come già opera per i servizi integrati socio sanitari.

D'altronde lo strumento regolativo della qualità dei servizi non è nuovo neppure nell'ambito dei servizi culturali. Anche il Ministero della cultura, rimettendosi alla normativa sulla trasparenza⁷²⁹ deve ottemperare⁷³⁰ agli obblighi di pubblicazione concernenti i servizi erogati ex art. 32 il quale dispone che *"Le pubbliche amministrazioni e i gestori di pubblici servizi pubblicano la carta dei servizi o il documento contenente gli standard di qualità dei servizi pubblici"*.

I soggetti demandati all'erogazione dei servizi culturali, non solo accolgono i principi emanati dal legislatore nazionale, ma calano la ratio normativa, all'interno di un contesto, quale quello culturale ampliandone i connotati

⁷²⁸ Il d.l. n. 163 del 12.05.1995, convertito con l. n. 273 dell'11.07.1995 prevedeva l'adozione, da parte di tutti i soggetti erogatori di servizi pubblici, anche operanti in regime di concessione o mediante convenzione, di proprie Carte dei Servizi adottate sulla base di schemi generali di riferimento. Per il settore sanitario detto schema di riferimento è stato adottato con D.P.C.M. del 19 maggio 1995.

⁷²⁹ D.Lgs. 14-3-2013 n. 33 e ss.mm. (D.lgs. 25 maggio 2016 n.97), riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. (Pubblicato nella Gazz. Uff. 5 aprile 2013, n. 80).

⁷³⁰ DM 21 febbraio 2018, n.113, Adozione dei livelli minimi uniformi di qualità per i musei e i luoghi della cultura di appartenenza pubblica e attivazione del Sistema Museale Nazionale, all.1

della tutela. Si pensi alle Raccomandazioni sulla redazione di una Carta della Qualità dei Servizi redatte dall'ICOM secondo cui deve sussistere una forte correlazione fra il testo della Carta dei servizi ed il regolamento/statuto del museo, ciò in quanto vi deve essere un'attenzione particolare alle informazioni *“che riguardano direttamente l'esperienza dei visitatori e le attese dei diversi portatori d'interesse”*⁷³¹.

Il visitatore di un luogo culturale viene pertanto considerato detentore di un interesse qualificato per cui si rende necessario raccomandare l'utilizzo *“di un linguaggio accessibile a tutti e di una forma sintetica, amichevole e non burocratica. In tal senso, converrà evitare la descrizione puntuale della storia del museo e delle collezioni (rintracciabili in altri atti e sul sito web) e l'enumerazione di tutte le funzioni/attività svolte dall'istituto, concentrandosi piuttosto sugli elementi che riguardano in particolare l'esposizione e la fruizione”*.

Quindi gli obiettivi del documento sono la pubblicità dei servizi disponibili, la trasparenza nei rapporti con gli utenti, la qualificazione dei servizi e lo stimolo all'invio di suggerimenti ed apprezzamenti da parte dell'utenza affinché vengano individuate annualmente le azioni più idonee a soddisfare le nuove esigenze⁷³² *“dovrà essere modificata periodicamente per registrare i cambiamenti e i processi di miglioramento intervenuti nella qualità dei servizi, per accogliere i suggerimenti e le osservazioni degli utenti o per recepire eventuali modifiche delle normative del settore”*⁷³³.

Sugli standard di qualità dei servizi⁷³⁴ dei musei, si attenziona la loro necessità di integrare altresì, i parametri tecnico- scientifici disposti dall'atto di indirizzo sui criteri tecnico- scientifici e sugli standard di funzionamento e sviluppo dei musei⁷³⁵.

⁷³¹ ICOM, Premessa nelle Raccomandazioni sulla redazione di una Carta della Qualità dei Servizi, 2019: <https://www.icom-italia.org/wp-content/uploads/2020/03/ICOMItalia.Raccomandazione.CartaServizi.2019.pdf>

⁷³² Da cui la raccomandazione ad un rinnovo periodico del documento.

⁷³³ Opt. cit. Raccomandazione ICOM, nella sezione “Raccomandazione” p. 1.

⁷³⁴ ai sensi dell'art. 1 comma 1 del D.Lgs. n.198/2009 e delibera CiVIT n.88 /2010

⁷³⁵ Art.Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4857; 11 dicembre 2013, n. 5964; Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20682; 7 gennaio 2014, n. 67; 12 ottobre 2011, n. 20939; 27 luglio 2011, n. 16391 150, comma 6, del D.Les. n. 112 del 1998) G.U. 19 ottobre 2001, n. 244, S.O. All. 4.

Il processo di definizione degli standard di qualità dei servizi, sembra attraversare le seguenti fasi:

- 1) la definizione della mappa dei servizi: attività propedeutica per l'attivazione dell'impianto di misurazione dei servizi ai sensi degli artt. 7 e 8 del D.lgs. 150/2009;
- 2) la definizione delle dimensioni della qualità: tale parametro è a sua volta declinato in accessibilità, tempestività, trasparenza ed efficacia;
- 3) la modalità di individuazione ed elaborazione degli indicatori di qualità: a tal fine, gli indicatori devono rappresentare le dimensioni della qualità effettiva (considerando che gli indicatori debbano soddisfare ben sei requisiti quali la rilevanza, l'accuratezza, la temporalità, la fruibilità, la interpretabilità e la coerenza);
- 4) le modalità di definizione degli standard: ovvero il livello di qualità che l'amministrazione si impegna a rispettare e si compone di due elementi, l'indicatore della qualità così come descritto ed il valore programmato, ossia il livello di qualità da rispettare ad ogni singola erogazione del servizio.

Un ulteriore riferimento normativo dal quale promana un interessante riflessione, è la Delibera CIVIT n. 88/2010 "Linee guida per la definizione degli standard di qualità" la quale definisce, il servizio pubblico "*l'attività con cui, mediante l'esercizio di un potere autoritativo, l'erogazione di una prestazione, un'amministrazione pubblica rende un servizio al pubblico, soddisfa un interesse giuridicamente rilevante, direttamente riferibile ad un singolo soggetto omogeneo rispetto ad una collettività differenziata di utenti*".

Appare chiaro, pertanto, come la tutela preventiva dell'utente, risieda nel riconoscimento partecipativo dello stesso, in questo modo, si è voluto dare spazio all'utente di poter esercitare il diritto alla partecipazione come strumento di espressione dei propri bisogni, rafforzando la posizione di cittadino nella obiettività delle sue condizioni personali e sociali e pertanto anche nei suoi bisogni.

Tale ruolo, non fa altro che rafforzare la tesi che riconduce i cd. diritti sociali nel novero delle opportunità della vita la cui disponibilità è rimessa ai doveri,

nel suo ruolo attivo, dello Stato ex art. 2 della Cost.; infatti, in quest'ottica, concorrono a formare, congiuntamente con i diritti civili e politici, rispettivamente espressi come diritti di libertà e di partecipazione, lo *status* di *civitatis*.

VI.2. La tutela successiva: la giurisdizione

Prospettata l'esistenza di una configurabilità, per il cittadino/utente un diritto soggettivo ad essere destinatario di servizi alla persona integrati sanitari e culturali, ed illustrata la possibilità di usufruire di strumenti già esistenti per far sorgere, in capo all'Amministrazione l'obbligazione giuridica non solo alla loro emissione, ma anche della loro conformazione a degli standard di qualità, è giunto il momento di indagare quali le possibili forme di tutela in sede giurisdizionale.

Partendo dal presupposto per cui la garanzia ultima di un diritto sia la sua tutela in sede giurisdizionale, si ricorda, infatti che ai sensi dell'art. 113 c.p.a. la giurisdizione del giudice amministrativo, non si estende alle controversie di natura patrimoniale afferenti al rapporto concessorio e specificamente attinenti a indennità, canoni o altri corrispettivi, che danno vita a controversie civilistiche pure, soggette in quanto tali alla giurisdizione del giudice ordinario⁷³⁶.

Conformemente a quanto precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 e confermato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale, le controversie in materia di servizi pubblici rientranti nella giurisdizione esclusiva sono solo quelle nelle quali l'amministrazione opera in veste di autorità, pur se i rapporti tra amministrazione e amministrati possano essere declinati nelle forme della relazione giuridica "diritto - obbligo", spettando invece al giudice ordinario quelle che abbiano un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento dell'amministrazione a tutela di interessi generali⁷³⁷.

⁷³⁶ Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1022

⁷³⁷ Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4857; 11 dicembre 2013, n. 5964; Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20682; 7 gennaio 2014, n. 67; 12 ottobre 2011, n. 20939; 27 luglio 2011, n. 16391

Ci si propone pertanto di indagare l'esigibilità della prestazione, operando un parallelismo con i servizi socio sanitari, ed infine si prospetta un possibile strumento di tutela nella possibilità di esperire una *class action*.

a. L'esigibilità del diritto alle prestazioni

Una considerazione che merita di essere menzionata e che fornisce la chiave di lettura per la chiusura del presente lavoro, riguarda il disegno del profilo soggettivo del titolare del bene giuridico al centro dell'attenzione. Molti autori che hanno espresso le proprie perplessità sulla legittimità costituzionale dell'intervento governativo del 2015 mettono infatti in discussione la reale "urgenza" del provvedimento ritenendo che sia stato un *escamotage* per sollecitare l'apertura di una negoziazione sul tema con i sindacati.

Un aspetto che colpisce riguarda il linguaggio di tali autori che si riferiscono al diritto di fruizione come il diritto di "turisti" di poter visitare i luoghi della cultura. A fronte del tenore pressoché unanime tra gli autori⁷³⁸, ci si chiede se il diritto di fruire dei beni culturali debba appartenere esclusivamente ai turisti e all'industria turistica come sopra definito, ovvero vi sia un altro ruolo di questi luoghi specialmente in un paese come il nostro che è in continuo affanno per la loro tutela conservativa⁷³⁹.

In altri termini ci si chiede se l'Italia sia destinata a diventare esclusivamente un paese/museo di luoghi della cultura il cui tessuto economico si sviluppa sulle attività ricettive o di riordino delle fonti storiche, oppure se sia possibile definire una forma di "fruizione" che esonda dalla definizione appena esposta e permette di sviluppare un'economia rigenerativa di questi luoghi? Per rispondere all'aspetto involgente l'esigibilità delle prestazioni culturali-sanitarie, e conseguente tutelabilità in sede giurisdizionale, si ritiene possibile poter fare un parallelismo con la disciplina di esigibilità applicabile

⁷³⁸ C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali* Cit.; R. SCIOTTI *Fruizione del patrimonio* Cit.; A. Bruno, *Sviluppo locale di tipo partecipativo*, Cit.

⁷³⁹ CAVALLO, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione* in *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, Atti del Convegno di Messina 14-15 ottobre 2016 a cura di F. ASTONE, Ed. Scientifica

per i servizi integrati socio sanitari, che tuttavia riscontrano un intervento legislativo, disposto dalla L. 328/2000, che per i servizi sanitari e culturali non è ancora intervenuto. L'art. 2 del citato disposto normativo è infatti uno dei più controversi e dibattuti in dottrina⁷⁴⁰ giungendo alla conclusione che possa parlarsi di titolarità alla prestazione.

Infatti, il sistema integrato di interventi e servizi socio sanitari viene offerto a tutti i cittadini, ed in taluni casi anche agli stranieri ed agli apolidi, che versino in particolari situazioni di vita. Le obiezioni che hanno alimentato il dibattito che ha avuto luogo in Parlamento basavano il proprio dissenso sulla scarsità delle risorse disponibili e pertanto sull'impossibilità di poter garantire universalmente a tutti i livelli essenziali delle prestazioni senza arrecare danni soprattutto ai più bisognosi. Il legislatore, sembra aver superato tale obiezione, inserendo nell'art.2, ai commi 2 e 3, il criterio della priorità obbligatoria di intervento a favore di talune tipologie di utenti, quali poveri, disabili non in grado di lavorare, nonché persone sottoposte ad interventi dell'autorità giudiziaria⁷⁴¹.

Un'ulteriore obiezione promossa si fondava sull'ipotetico contrasto con l'art. 38 della Costituzione, che assicura solo agli inabili al lavoro, sprovvisti di mezzi economici, il diritto di assistenza sociale. Il legislatore ha ritenuto di non violare tale norma, dal momento che la stessa legge fa salvi gli

⁷⁴⁰ Per un approfondimento sull'art. 2 della l. 328/2000, P. TORRETTA, *Legge n. 328/2000 e i livelli essenziali di assistenza sociale: dall'avvento del sistema integrato dei servizi sociali alla sua difficile attuazione* in *Federalismi.it* n. 23 del 2021 p. 202.

⁷⁴¹ Art. 2 L. 380/2000 comma 2. "Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha carattere di universalità. I soggetti di cui all'articolo 1, comma 3, sono tenuti a realizzare il sistema di cui alla presente legge che garantisce i livelli essenziali di prestazioni, ai sensi dell'articolo 22, e a consentire l'esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche di cui all'articolo 24 della presente legge, nonché delle pensioni sociali di cui all'articolo 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni, e degli assegni erogati ai sensi dell'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335".

comma 3. "I soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, accedono prioritariamente ai servizi e alle prestazioni erogati dal sistema integrato di interventi e servizi sociali".

emolumenti economici statali per queste persone, espressamente previsti dall'art.38⁷⁴².

Si è invece voluto lasciare agli Enti Locali, divenuti titolari della gestione delle politiche sociali, libertà di scelte programmatiche di interventi, fermo restando il rispetto del criterio di priorità sopra riferito. La scelta operata dal legislatore, è pertanto quella di seguire la logica di adeguamento della riforma sociale a quella sanitaria già operante che invece presenta un carattere universalistico⁷⁴³.

Alla luce di questi nuovi interventi, la fondazione Zancan ha coniato a tal proposito il termine di "*welfare universalistico selettivo*", per contrapporre lo stesso a quello di "*welfare residuale*", che affida al mercato la soluzione dei problemi sociali ed ai servizi promossi dai soggetti del privato sociale, accreditati dagli enti pubblici quegli interessi nei settori che il privato non è in grado di soddisfare⁷⁴⁴.

Nel campo dei diritti sociali, l'individuazione dell'esigibilità dei diritti è un aspetto assai complesso, infatti a differenza di diritti come il diritto del lavoro, in cui a seguito di anni di lotte sindacali hanno portato all'instaurazione dello Statuto del lavoratore, per altri diritti, come il diritto alla salute, all'assistenza, all'istruzione, all'inclusione e così via è sempre da

⁷⁴² "Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale"

L'articolo in esame tutela più nello specifico il principio della sicurezza sociale. In base ad esso l'autorità statale deve salvaguardare la dignità umana nelle situazioni di bisogno, garantendo a tutti i cittadini i mezzi minimi per vivere, tutelando la salute e rimuovendo tutti quegli ostacoli economici e sociali che impediscono lo sviluppo della persona e la sua effettiva partecipazione alla vita pubblica. Lo Stato si fa infatti carico in prima persona dell'assistenza sociale, ossia quelle misure che servono a garantire un adeguato tenore di vita anche a chi è titolare di un reddito inferiore ad una certa soglia e non può procurarsi altre entrate (ad esempio perchè invalido di guerra o inabile al lavoro per malattia). Queste misure si sostanziano, tra gli altri, in corresponsione di pensioni di invalidità e guerra o in agevolazioni per la fruizione di servizi. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si occupa di "sicurezza sociale e assistenza sociale" all'art. 34.

⁷⁴³ S.NOCERA, *La legge di riforma dei Servizi Sociali, Dal centralismo sociale al federalismo solidale*, in Atti del convegno organizzato sull'attuazione della legge n. 328/2000 dalla Fondazione Zancan a Malosco (Tn) dall'8 all'11 luglio 2001.

⁷⁴⁴ L. COEN, *Il sistema integrato dei servizi*, in *Governare e dirigere i Servizi Socio-sanitari – L'innovazione nel lavoro integrato dei servizi territoriali per la persona e la comunità*, promosso da CARD Friuli Venezia Giulia e sostenuto da Federsanità ANCI presso il Dipartimento di Scienze Mediche e Biologiche dell'Università di Udin, Marzo 2020

doversi valutare caso per caso l'assicurazione delle tutele giuridiche che permettano di poter garantire la difesa degli stessi dinanzi ad un giudice.

Come è noto, si può parlare di un diritto esigibile solo quando il legislatore abbia individuato, non solo il titolare del diritto affermato ed il debitore della prestazione dovuta, ma anche l'ammontare esatto di tale prestazione, le modalità di tempo e di luogo della spontanea esecuzione della prestazione ed i mezzi coattivi di realizzazione dell'interesse del creditore in caso di inadempimento del debitore. Altra caratteristica immancabile di ogni diritto è la sua esigibilità, cioè la possibilità di ottenerne una tutela anche coattiva in caso di inadempimento da parte di chi deve realizzarlo. Ebbene *nulla questio*, con riferimento alle prestazioni economiche di competenza dello Stato, quali pensioni ed assegni mentre nulla si evince con riferimento alle prestazioni e ai servizi sociali di competenza dei Comuni.

Secondo quanto stabilito dall'art. 128 del d.lgs 112/98 sia le prestazioni economiche che i servizi sociali propriamente detti, sono ricompresi nell'unica locuzione "interventi e servizi sociali".

Tuttavia, non si tratta di servizi con le medesime caratteristiche: le prestazioni economiche statali sono rigidamente regolate da leggi che fissano i requisiti per l'acquisto del diritto, l'ammontare economico del suo contenuto, la copertura finanziaria, i rimedi giudiziari in caso di violazione⁷⁴⁵. Diversamente, per i servizi sociali a carico dei Comuni, la legge dispone che essi dipendono dalle disponibilità di bilancio⁷⁴⁶.

Non si ha quindi la certezza della realizzazione del diritto alla loro erogazione e quindi non può tecnicamente parlarsi di esigibilità del diritto. La realizzazione di questo sistema integrato, pertanto sembrerebbe realizzarsi solo se ci si riferisce alla tradizionale dialettica politica che si concretizza nei bilanci dei Comuni.

⁷⁴⁵ Sull'effettività in generale sia consentito il rinvio al mio Effettività della tutela giurisdizionale, voce della Encicl. dir.-Annali, Milano, 2017, 355 ss.

⁷⁴⁶ Come ci ricorda A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto processo civile*, 2014, 825 ss.

Pertanto rimettere l'adeguamento di una politica di benessere psicofisico dei cittadini attraverso la fruizione dei beni culturali a seconda di una preesistente sensibilità più o meno sviluppata delle politiche territoriali rappresenta indubbiamente una debolezza del sistema appena descritto.

Al fine di massimizzare i profitti derivanti dalla valorizzazione dei beni culturali, (anche attraverso l'uso dello sviluppo digitale⁷⁴⁷) sono stati adottati, anche forme di gestione integrate⁷⁴⁸. Tuttavia, ad oggi, - se non per sperimentazioni private e non sistematiche - il concetto di integrazione nella gestione dei beni culturali afferisce alla cooperazione fra enti pubblici e fra enti e privati, laddove, invece, il tema del presente lavoro prospetta l'istituzione di forme di integrazione organizzata fra sistemi organizzativi che gestiscono aspetti della salute psicofisica differenti.

b. I diritti sovraindividuali e la *class action*

Nella difficoltà di poter pacificamente qualificare il diritto alla prestazione integrata un diritto esigibile personale, di seguito si indaga la possibilità di configurarne o meno un diritto collettivo.

Nel diritto amministrativo l'espressione che meglio accoglie la definizione sia degli interessi diffusi che di quelli collettivi sono le situazioni sovraindividuali così esprimendo la comunanza di un interesse a più soggetti e la circostanza, tendenzialmente necessaria, che costoro si coalizzano al fine di rendere tale interesse tutelabile⁷⁴⁹.

Il tema, che è stato a più riprese oggetto dell'interesse della dottrina⁷⁵⁰, ha conosciuto un primo sviluppo negli anni settanta dello scorso secolo⁷⁵¹, è

⁷⁴⁷ A. BRUNO *Sviluppo locale di tipo partecipativo ed organismi di diritto pubblico, per la gestione dei beni culturali (Parte II)* in *Diritto Amministrativo* 8 agosto 2018, p.4 e ss.

⁷⁴⁸ U. CAPRA. F. MATTEI *L'approccio partecipato dei piani di gestione UNESCO e dei piani strategici di sviluppo culturale in Rivista Giuridica il Diritto Amministrativo* fasc.; P. De Rosa *Nuove prospettive per il governo del territorio e la valorizzazione dei Beni culturali in Italia* in 2018, Studio Cataldi - Il Diritto Quotidiano.

⁷⁴⁹ R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Digesto Pubblico*, VIII, Torino, 1993, 482

⁷⁵⁰ nel diritto privato si veda, ex plurimis, G. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 611.

⁷⁵¹ ne sono testimonianza gli atti di convegni raccolti nei volumi AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978.

caduto successivamente in uno stato di quiescenza ed è stato riacceso per effetto dell'introduzione di tecniche di tutela in parte nuove, come le azioni di classe, e per l'attenzione di cui sono oggetto i beni comuni.

Esiste tutt'ora un orientamento nettamente predominante che collega la giuridicità degli interessi in esame alla esistenza di una qualche forma di aggregazione⁷⁵². Tale prospettiva è stata assunta sul presupposto che si riscontra sia nel diritto sostanziale che in quello processuale. Difatti, se da un lato la circostanza che tali interessi coinvolgano una pluralità di soggetti porterebbe ad escludere che un singolo individuo possa assumerne la titolarità e possa agire in giudizio per la loro difesa⁷⁵³; dall'altro lato, il processo amministrativo è parametrato su situazioni soggettive di tipo individuale, con esclusione di quegli interessi che sono riferibili a un gruppo indeterminato di individui e sembrano⁷⁵⁴.

Sebbene l'esistenza di un soggetto collettivo sia condizione della tutela di entrambe le posizioni, di modo che si potrebbe bene ipotizzare la loro trattazione unitaria, la distinzione tra interessi collettivi e diffusi rimane assolutamente cristallizzata.

L'interesse collettivo accoglie due ordini di ipotesi: può consistere in un interesse che è proprio di un'organizzazione in quanto tale -intesa come autonomo soggetto di diritto - e che non potrebbe quindi, neanche astrattamente, radicarsi in capo a un individuo singolo: si tratta, quindi, di una normale situazione giuridica appartenente a un soggetto collettivo; diversamente, può trattarsi di un interesse che riguarda in modo omogeneo tutti i membri di un gruppo o categoria (accomunati, per esempio, da una certa qualità soggettiva o condizione lavorativa), ma che è tutelabile (in assoluto o mediante particolari procedure) solo attraverso la mediazione di un soggetto collettivo⁷⁵⁵. Pertanto, seppur l'interesse collettiva,

⁷⁵² R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

⁷⁵³ N. TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 1987, p. 1114.

⁷⁵⁴ in tal senso, si esprime Opt. cit. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, p. 482; in giurisprudenza si fa riferimento alla sentenza TAR Campania, Napoli, I, 15.1.2008, n. 204.

⁷⁵⁵ B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Diritto Societario* 1982, 187.

propriamente detto sia qualificato come interesse “di ciascuno e di tutti”⁷⁵⁶, la dimensione individuale dell’interesse perde la sua rilevanza in quanto il diritto di azione è riservato al soggetto organizzato.

Appare, ai più⁷⁵⁷, essenziale che l’organizzazione agisca a tutela della categoria intera o di interessi comuni a tutti i suoi membri, non potendosi occupare di questioni che riguardano i singoli iscritti o suscettibili di dividere la categoria in posizioni disomogenee⁷⁵⁸. Con riferimento alla parte organizzativa, questa deve manifestarsi in modo evidente, è infatti richiesto che l’interesse collettivo venga veicolato da un “ente esponenziale di un gruppo non occasionale”, rimanendo comunque irrilevante la forma giuridica dell’organizzazione stessa⁷⁵⁹.

Invero, con riferimento all’interesse diffuso, questo è caratterizzato da uno “*stato fluido e magmatico*”⁷⁶⁰ ed è relegato a un livello pre-giuridico per il fatto di essere riferito a collettività non determinate, o non agevolmente determinabili, di cittadini⁷⁶¹.

I due principali modelli di interesse diffuso elaborati dalla dottrina sono il modello oggettivo e quello cd. soggettivo⁷⁶². Nel primo modello l’interesse diffuso resta una posizione desoggettivata (che può fare a meno di un titolare) nel senso che l’ordinamento si fa carico della possibilità che esso sia curato, assorbendolo all’interno delle proprie funzioni amministrative o giurisdizionali⁷⁶³.

⁷⁵⁶ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in Enciclopedia del Diritto, Milano, XII, 1964, 696.

⁷⁵⁷ secondo un orientamento pacifico in giurisprudenza, cfr. Cons. St., V, 11.7.2008, n. 3451.

⁷⁵⁸ si veda però, sia pure in un ambito materiale limitato, l’art. 4 della l. 11.11.2011, n. 180.

⁷⁵⁹ M. S.GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, cit., 23.

⁷⁶⁰ V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, cit., 39; S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 569.

⁷⁶¹ Opt. cit. R. FERRARA, *Interessi collettivi*, p. 490

⁷⁶² M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in Foro it., 1987, V, 9

⁷⁶³ In tale modo, l’interesse in oggetto è recuperato all’interno del potere di scelta della p.a., che assume una connotazione normativa o paranormativa, in tal senso Cfr. G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l’interesse diffuso*, in Jus, 1982, 68; oppure è rimesso alla considerazione del giudice, che svolgerebbe così una funzione di controllo dell’attuazione del diritto obiettivo R. LOMBARDI, op. cit., 226; P. MADDALENA, *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*, in Cons. St., 1982, 291, mentre i cittadini sono (al più) relegati al ruolo di collaboratori che partecipano all’attuazione della volontà

Diversamente, in quello “relativamente” soggettivo, che prevale in dottrina, l’interesse diffuso si appunta su un soggetto, con la precisazione che deve trattarsi di un soggetto collettivo.

Da quanto appena detto è possibile ricavare che nella realtà sociale questi interessi non hanno alcun referente soggettivo e sono, per questo, alla ricerca di un portatore. La loro rilevanza giuridica si coglie nel momento in cui convergono due elementi. Soggettivamente, appartengono a un insieme i cui membri (diversamente che nel caso degli interessi collettivi) sono indeterminati a priori ma sono comunque considerabili in una specifica dimensione attinente a uno status o una qualificazione (per es. consumatori, fruitori dell’ambiente, utenti di servizi pubblici). Oggettivamente, si esprimono solo con riferimento a un gruppo, perché altrimenti, apparirebbero troppo “deboli o sfuocati”⁷⁶⁴.

Questa ricostruzione coincide con il prevalente orientamento della giurisprudenza, che condiziona la giustiziabilità dell’interesse in esame all’esistenza di un organismo che lo faccia emergere dall’indistinto giuridico proponendolo come proprio (v. TAR Piemonte, II, 4 giugno 1988, n. 241).

Questo indirizzo, si è inizialmente costituito con riguardo alla materia ambientale nella quale, la legittimazione a ricorrere era riservata alle associazioni iscritte in un apposito registro⁷⁶⁵ e si poneva dunque il problema dell’accesso alla tutela delle associazioni non riconosciute.

La giurisprudenza italiana⁷⁶⁶, a seguito di alcune iniziali dissensi⁷⁶⁷, ha elaborato il criterio del cd. doppio binario, il quale distingue tra la legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale di livello nazionale riconosciute (che non necessita di verifica) e la legittimazione delle

dell’ordinamento, Cfr. M: CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992, 94.

⁷⁶⁴ fra molti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1990, 180.

⁷⁶⁵ art. 13 l. 8.7.1986, n. 349 .

⁷⁶⁶ Cons. St., V, 9.3.1973, n. 253; Cass., S.U., 8.5.1978, n. 2207; Cons. St., A.P., 19.11.1979, n. 2.

⁷⁶⁷ per es. Cons. St., VI, 16.7.1990, n. 728.

altre associazioni di livello locale, la quale deve essere accertata in ciascuno dei casi concreti con riguardo alla sussistenza di taluni presupposti⁷⁶⁸.

In questo modo l'interesse diffuso non è più, evidentemente, adespota, perché l'ordinamento consente di individuarne un portatore legittimato, in quanto tale, a esercitare le relative azioni⁷⁶⁹.

La riflessione sulla possibile qualificazione dei diritti ai servizi integrati nel novero dei diritti collettivi, nasce dalla profonda consapevolezza che sia nel campo sanitario, che in quello culturale, non siamo di fronte ad una faccenda prettamente individuale ma bensì che abbiano tutte le caratteristiche di un bene comune, di un bene comune globale, soprattutto alla base degli interessi costituzionali di cui si fanno espressione. Una classificazione che deriva dal mondo dell'economia, porta a classificare i beni sulla base dell'intensità con cui posseggono due caratteristiche: l'"escludibilità" e la "rivalità". I beni altamente escludibili sono quelli dal cui godimento è relativamente semplice ed agevole escludere gli altri⁷⁷⁰. La seconda dimensione è quella della "rivalità". I beni rivali sono, tipicamente, quelli che si consumano con l'uso.

L'elevata escludibilità e la rivalità sono le caratteristiche definitorie dei beni privati. Al polo opposto stanno quei beni che sono, invece, non-escludibili e non-rivali. Questi sono i cosiddetti beni pubblici. Il bene pubblico non si consuma, né è rivale. A metà tra i beni pubblici e quelli privati, troviamo i beni comuni, quei beni, cioè, che sono, non-escludibili, ma rivali. Beni dal cui godimento non è possibile escludere nessuno, ma che, allo stesso tempo, con l'uso, si consumano. Questi beni sono particolarmente importanti, non

⁷⁶⁸ Gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa, Cfr. sentenza Cons. St., IV, 16.2.2010, n. 885; i requisiti sono abitualmente utilizzati anche fuori dalla materia ambientale per ammettere al giudizio soggetti collettivi portatori di interessi diffusi (cfr. Cons. St., III, 26.10.2009, n. 2549; TAR Lazio, Roma, III, 30.3.2010, n. 5169).

⁷⁶⁹ C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Rivista Diritto processuale*, 2002, p. 649.

⁷⁷⁰ Ad es. se voglio usufruire di un bene acquistato, posso facilmente e legittimamente impedire a qualcun altro di godere del bene; al contrario, non posso impedire al vicino di casa di usufruire dell'illuminazione della strada comune.

solo perché la qualità della nostra vita dipende in maniera crescente dai beni comuni – un esempio per tutti, la qualità ambientale - ma anche perché questi sono particolarmente fragili⁷⁷¹.

Storicamente, si sono ricercate delle risposte guardando a delle soluzioni opposte ma complementari: la privatizzazione e la statalizzazione. Le difficoltà nel preservare i beni comuni possono essere eliminate nel momento in cui la proprietà comune diventa proprietà privata o, all'opposto, pubblica. Nel primo caso interesse privato e interesse sociale si allineano, semplicemente perché la dimensione sociale viene eliminata; nel secondo caso, invece, l'interesse privato viene tutelato attraverso una limitazione della libertà individuale ad opera di un potere superiore, lo Stato appunto.

Ebbene, dopo questa breve parentesi sorta sulla collettività dei beni oggetto di analisi, quello del benessere e della salute e quello culturale⁷⁷², si prospetta un'ulteriore possibilità, ovvero quella di poter considerare l'azione giudiziaria della *Class action* come un possibile strumento di tutela giurisdizionale.

⁷⁷¹ Nel 1968 Garrett Hardin pubblicò su "*Science*" un articolo significativamente intitolato "*The Tragedy of the Commons*" (La tragedia dei beni comuni) nel quale metteva in luce un paradosso che emerge nella gestione di questi beni. Hardin utilizza l'esempio di un terreno comune dove un gruppo di allevatori possono portare il bestiame al pascolo. Ogni allevatore avrà interesse a far pascolare, ogni giorno, il maggior numero di capi di bestiame in modo da ricavarne il massimo beneficio per sé, tenendo conto del fatto che i costi associati a questo comportamento (il consumo del pascolo) verranno, per così dire, socializzati, cioè divisi tra tutti gli altri allevatori. Abbiamo, quindi, da un punto di vista individuale, alti benefici e bassi costi, il che indurrà ogni allevatore a sfruttare al massimo il pascolo. Questa scelta, benché ottimale da un punto di vista individuale, quando messa in atto da tutti gli altri allevatori (il bene è non-escludibile), determinerà un sovrasfruttamento del bene fino alla sua stessa distruzione. «L'essenza della tragedia – scrive Hardin nel giustificare il titolo del suo articolo – non è l'infelicità. Essa risiede, piuttosto, nella solennità dell'impietoso funzionamento delle cose (...) nell'inevitabilità del destino e nella futilità di ogni tentativo di sfuggirvi».

La radice del paradosso che emerge dalla logica dei beni comuni ha a che fare con il conflitto tra la razionalità autointeressata e l'irrazionalità dei suoi esiti: è proprio il perseguimento razionale dell'interesse individuale a produrre il risultato peggiore dal punto di vista sia collettivo che individuale. Il "self-interest" è "self-defeating"; l'auto-interesse, in quest'ambito, distrugge se stesso.

⁷⁷² R TOGNI, A. ROSSARI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978, 25 ss. *Sull'accesso ai servizi d'interesse economico generale* G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale fra riflesso dogmatico e regola di mercato*, in Riv. it. dir. pubbl. comuni, 200), 1220 es. Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 36 ("al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati").

Un primo elemento che assume rilevanza è la legittimità ad agire, laddove, come abbiamo già visto, gli interessi diffusi hanno trovato un riconoscimento normativo espresso anche nella l. 7.8.1990, n. 241 che, all'art. 9, attribuisce la facoltà di partecipare al procedimento (oltre che ai portatori di interessi pubblici o privati) ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. La partecipazione è, quindi, condizionata dalla ricorrenza di due presupposti.

In primis, l'interventore deve essere suscettibile di subire un pregiudizio, correlato a sua volta a un interesse sostanziale che preesiste al procedimento stesso⁷⁷³. Successivamente, l'ingresso degli interessi diffusi nel procedimento è subordinato alla presenza di un'organizzazione deputata alla cura dell'interesse comune⁷⁷⁴. Degno di menzione appare il chiarimento sui termini della (avvenuta) partecipazione procedimentale e delle ripercussioni sulla loro azionabilità.

Parte della dottrina⁷⁷⁵ e della giurisprudenza⁷⁷⁶ sono salde nell'escludere (anche con riguardo agli interessi diffusi) qualsiasi correlazione tra contraddittorio procedimentale e processuale, spettando al Giudice amministrativo il compito di verificare se il soggetto che interviene in giudizio possa ritenersi legittimato o meno a ricorrere effettivamente ed autonomamente rispetto alla legittimazione a partecipare⁷⁷⁷.

⁷⁷³ secondo la giurisprudenza dominante, si veda Cons. St., IV, 29.8.2002, n. 4343

⁷⁷⁴ In termini teorici, non appare corretto ammettere che un interesse del quale sia predicabile la giuridicità possa avere accesso al procedimento laddove esista un soggetto collettivo che lo personifichi, e debba invece restare fuori dal procedimento allorché non abbia un referente organizzato ma resti radicato (con le medesime caratteristiche di significatività) in capo a uno o più singoli soggetti in tal senso, Cfr. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 409; E. DALFINO-L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in Foro it., 1992, V, 378.

⁷⁷⁵ *ex multis* Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 450; R. VILLAT, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in Dir. proc. amm., 1992, 182

⁷⁷⁶ per es. Cons. St., VI, 25.6.2008, n. 3234

⁷⁷⁷ Un orientamento (minoritario) che tende a valorizzare il collegamento tra partecipazione al procedimento e azionabilità dell'interesse è stato espresso dal TAR Puglia, Bari, III, 25.2.2008, n. 324; Cfr. il commento di U. ZINGALES, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, sia collettivi che "adespoti"*, in Tar, 1995, II, 186.

Non è possibile ignorare, che l'art. 1 del D.lgs, 20 dicembre 2009 n. 198⁷⁷⁸, rubricato "presupposti dell'azione e legittimazione ad agire", ci indica al primo comma la finalità dell'azione, ovvero la garanzia del "*ripristino del corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*". Ci collochiamo, pertanto, nelle previsioni normative al fine di indagare un possibile strumento dell'agire da ritrovarsi nella recente configurazione della cd. "class action pubblica". Con tale termine si indica un particolare tipo di procedimento giudiziale di natura collettiva, da avviarsi innanzi al T.A.R. e disciplinato dal D.Lgs. 20 dicembre 2009 n. 198⁷⁷⁹. La *class action* pubblica può essere avviata, a determinate condizioni, nei confronti della P.A. e dei Concessionari di pubblici servizi⁷⁸⁰ da un gruppo di utenti e consumatori quando questi ultimi subiscono una "*lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*". L'azione, inoltre, può essere avviata anche da associazioni o comitati. Con riferimento alla natura della cd. "lesione" questa deve consistere dal fatto che la PA non ha osservato uno o più termini, oppure non ha adottato atti amministrativi generali (obbligatorie e non aventi contenuto normativo) che dovevano invece essere obbligatoriamente emanati entro e non oltre un certo termine, oppure ha violato alcuni obblighi contenuti nella propria Carta Servizi, oppure ancora l'ente non ha rispettato determinati standard qualitativi ed economici⁷⁸¹.

Bisogna badare bene, tuttavia, che lo scopo ultimo della *class action* pubblica non risiede all'ottenimento del risarcimento del danno patito dagli utenti o dai consumatori, ma il ripristino del corretto svolgimento della

⁷⁷⁸ Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. (09G0207)

⁷⁷⁹ Emanato in attuazione della legge delega 4 marzo 2009 n. 15, c.d. "*legge Brunetta*".

⁷⁸⁰ a titolo meramente esemplificativo, sono concessionari di pubblico servizio Poste Italiane S.p.A., la RAI-Radiotelevisione Italiana, Trenitalia S.p.A., gli enti concessionari del servizio idrico erogato ai Comuni, ecc.

⁷⁸¹ A seguito dell'adozione della direttiva 4/2010 possono essere già proposte le *class action* relative a:

- la violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei Servizi;
- la violazione dei termini;
- la mancata emanazione di atti amministrativi.

Non possono partire prima dell'adozione dei decreti attuativi, i quali dovranno fissare gli standard ai quali le pubbliche amministrazioni e i concessionari di pubblici servizi dovranno uniformarsi, le azioni relative alla violazione di standard qualitativi ed economici.

funzione svolta dalla P.A. o della corretta erogazione del pubblico servizio da parte del Concessionario⁷⁸².

Detto con altre parole, al fine di garantire un'elevata performance delle pubbliche amministrazioni nei confronti della collettività, si consente nei confronti delle stesse un controllo esterno di tipo giudiziale sulla qualità, tempestività ed economicità dei servizi resi.

Le azioni che vengono attivate dai soggetti giuridicamente rilevanti, sono pubblicizzate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nonché sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati.

La procedura impone una previa diffida ad adempiere all'ente interessato entro il termine di 90 giorni, trascorso il quale senza che si sia ancora provveduto o lo si è fatto in modo parziale, il soggetto coinvolto può proporre ricorso all'autorità giurisdizionale⁷⁸³.

In alternativa, può essere promossa la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta e in caso di mancata conciliazione il ricorso è proponibile entro l'anno dall'esito di tale procedura⁷⁸⁴.

Laddove il giudice accolga la domanda, il decreto di accoglimento contiene l'indizione all'amministrazione interessata ad adempiere entro un congruo termine e la sentenza passata in giudicato viene comunicata alla procura della Corte dei Conti e agli organismi del ciclo di valutazione e misurazione

⁷⁸² In corso di causa, il giudice amministrativo preposto, nel giudicare la condotta della pubblica amministrazione o del concessionario citati, deve tenere conto della condizione in cui questi operano, ossia delle risorse strumentali e finanziarie e del personale di cui effettivamente dispongono. Egli inoltre "nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio".

⁷⁸³ Il D.Lgs. 20 dicembre 2009 n. 198 dispone che le norme ivi contenute si applichino in termini differenziati, partendo dal 1° gennaio 2010, per le amministrazioni e gli enti pubblici non economici nazionali, seguendo dal 1° aprile 2010, per le amministrazioni e gli enti pubblici non economici regionali e locali, dal 1° luglio 2010, per i concessionari di servizi pubblici, ed infine dal 1° ottobre 2010, per le altre amministrazioni, gli enti pubblici non economici e i concessionari di servizi pubblici che svolgono funzioni o erogano servizi in materia di tutela della salute o in materia di rapporti tributari.

⁷⁸⁴ Se ricorrono i presupposti, in luogo della diffida si può promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, ai sensi dell'art. 30, L. 69/09. In tal caso, se non si raggiunge la conciliazione delle parti il ricorso è proponibile entro un anno dall'esito di tali procedure.

della performance dei pubblici dipendenti previsti dal decreto n. 150/2009⁷⁸⁵, con l'obbligo per l'ente implicato di accertare i soggetti che hanno concorso a cagionare l'omissione o il ritardo e di adottare i provvedimenti di competenza.

In ottemperanza con i principi generali del processo amministrativo, il decreto ammette la possibilità di ricorrere al giudice dell'ottemperanza qualora l'amministrazione non adempie alla pronuncia. Il decreto quindi si pone l'obiettivo di ripristinare la situazione quo ante rispetto l'inadempimento, non dispone alcun risarcimento per l'utente per gli eventuali danni subiti.

L'attività amministrativa rivendicata è la violazione di termini o la mancata emanazione di atti amministrativi di carattere obbligatorio e non aventi contenuto normativo, da emanarsi entro un termine di legge, il cittadino può inoltre, contestare la violazione di obblighi contenuti nelle carte di servizi o di standard di qualità fissati per i concessionari dalle autorità competenti. Inoltre potranno rivendicare

La *ratio* sottesa alla decisione del legislatore di estendere la *class action* anche alla pubblica amministrazione con il decreto legislativo 198/2009, introducendo nell'ordinamento italiano l'azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi risiede nell'obiettivo di indurre il soggetto pubblico o concessionario di servizi pubblici ad assumere comportamenti virtuosi "*nel suo ciclo di produzione*".

Mediante tale normativa, a determinate condizioni viene quindi data la possibilità a un singolo di avviare un'azione giudiziale innanzi al Giudice Amministrativo (T.A.R.) contro l'organo della Pubblica Amministrazione o contro il Concessionario di servizi pubblici che hanno tenuto il comportamento contestato. L'azione giudiziale può essere avviata anche da associazioni o comitati a difesa degli utenti o consumatori stessi.

⁷⁸⁵ Commissione e Organismo indipendente.

Difatti, il presupposto dell'azione è la sussistenza di una *“lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi”* subita dagli utenti di una funzione della Pubblica Amministrazione o dagli utenti/consumatori di un servizio pubblico reso da un Concessionario, in circostanze ben determinate, come si vedrà nei prossimi paragrafi. Secondo la maggior parte degli studiosi, *l'interesse* a cui fa riferimento la normativa altro non è che *l'interesse diffuso*, ossia come l'interesse di tutta una collettività (in questo caso la collettività degli utenti/consumatori) contrapposto all'interesse esclusivo di un singolo soggetto. Nulla esclude la possibilità per il singolo o per l'associazione di aggregarsi ad altri soggetti, formando così un gruppo di utenti o consumatori *“titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei”*. Per questo motivo il mezzo processuale che stiamo analizzando viene detto *“class action pubblica”*: si vorrebbe richiamare infatti il modello di azione giudiziale collettiva tipica del sistema americano (anche se gli studiosi non mancano di sottolineare le enormi differenze fra il sistema italiano e il sistema statunitense, al punto tale che secondo alcuni sarebbe assolutamente improprio parlare di *“azioni di classe”*).

Conclusioni

In termini di efficienza, non sarebbe la prima volta che lo Stato agirebbe in via preventiva piuttosto che curativa, in quanto l'investimento in realtà avrebbe un effetto moltiplicatore da un punto di vista di risparmio in termini sanitari, ovvero di risparmio in termini sociali e culturali. Si tratta, infatti, di convogliare dei fondi che avrebbero apparentemente tre distinte destinazioni, ma in realtà agiscono su degli obiettivi comuni e condivisi, il benessere olistico del cittadino.

Di tale avviso, appare altresì il legislatore comunitario, negli ultimi anni promotore di innovazione normativa. Almeno con riguardo alla tutela del consumatore dove, a differenza di settori come quello della tutela dei dati personali (nel quale si è optato piuttosto per l'alternatività tra sistemi di tutela) nel disegno europeo si assiste ad un rafforzamento della complementarietà tra i diversi sistemi, del *public* e del *private*

*enforcement*⁷⁸⁶. Nell'ottica dell'*empowerment*, di strumenti e di forme di tutela, preventiva e successiva che ci si è immaginati, in quest'ultimo capitolo di ricercare, ancora una volta nell'esistente delle possibili forme di tutela per un cittadino/utente di servizi integrati culturali e sanitari.

Nell'operazione che si è voluta compiere, si è cercato un allineamento con la direzione intrapresa dalla pubblica amministrazione in tema di servizi al pubblico, per cui l'efficienza e la qualità del servizio offerto sono divenuti valori primari da perseguire, che il legislatore – sia pure attraverso il ricorso a rimedi e strumenti di natura non sempre coerente – ha assunto come *fil rouge* di tutta la legislazione che, negli ultimi due decenni, ha investito il settore dei servizi pubblici -anche - locali.

La concorrenza, la qualità, e l'efficienza sono una triade che ha messo alla prova le regole che vigevano prima del Trattato dell'Unione europea e che ha aperto la strada, invece, ad un dilagare del diritto privato nel settore dei servizi pubblici.

Tra le altre cose, la valorizzazione delle regole della concorrenza è stata funzionale, a favorire quel "passaggio del cittadino dalla posizione di amministrato a quella di utente" che è il vero *trait d'union* che lega la complessa trasformazione della disciplina sui pubblici servizi, nazionali e locali⁷⁸⁷.

Anche il diritto privato ha trovato il suo ingresso in un settore, quello dei pubblici servizi, un tempo dominato da regole prevalentemente pubblicistiche, frutto di un incerto quadro normativo, nel quale i tratti pubblicistici e quelli privatistici finivano col confondersi gli uni con gli altri, in un tutt'uno fonte di non facili problemi applicativi.

⁷⁸⁶ In argomento, Cfr F. CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di P. Iamiceli, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, 2020, 51 ss

⁷⁸⁷ Nell'ambito dei servizi locali, la privatizzazione ha subito un'evoluzione più graduale, ed ancora oggi permangono situazioni in cui, attraverso società pubbliche, l'ente locale gestisce più o meno direttamente il servizio (da qui un certo ritardo del settore a gestire paritariamente i rapporti con gli utenti. Sul punto Cfr. F. GHLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, p. 356.

Orbene, ad oggi è possibile affermare che la tutela dell'utente è posta al centro del complesso intreccio di discipline che governano l'erogazione dei servizi pubblici, divenuti, com'è stato efficacemente scritto, "attività private regolate a tutela degli utenti"⁷⁸⁸.

Al fine della presente riflessione prende corpo il principio di effettività nell'erogazione dei servizi pubblici in favore degli utenti i quali acquisiscono, conseguentemente, una posizione di vantaggio che non è obbligo, in capo alla pubblica amministrazione, ma è funzione non autoritativa ma discrezionale il cui esercizio è diretto a raggiungere la migliore cura dell'interesse.

Quindi, dagli atti di regolazione dipende il soddisfacimento di un interesse pubblico rappresentato dalla costituzione del rapporto privato fra l'impresa e l'utente al fine del suo regolare svolgimento, avente ad oggetto la prestazione e le sue caratteristiche qualitative e quantitative.

⁷⁸⁸ Così G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, pp. 288 ss.

Considerazioni finali

La struttura del presente lavoro è stata concepita con una propria circolarità. Si è partiti dalla nascita di una nozione di welfare culturale, si sono attraversate prospettive normative ed inesplorate connessioni giuridiche, tangendo, all'uopo, tematiche legate all'economia e al sociale.

Si è così giunti a delineare, con il tema legato alla qualità dei servizi, un ritorno al punto di partenza di questo lavoro, ovvero al benessere olistico della persona, e alla capacità dello Stato, con l'aiuto dei privati, al soddisfacimento di tali esigenze.

Nello sviluppo del presente lavoro, il diritto dell'utenza si intreccia continuamente con il ruolo dell'Amministrazione, laddove la sua attività oscilla fra potere autoritativo e amministrazione di prestazione. Infatti, se l'Amministrazione si ponesse come potere autoritativo, in relazione all'erogazione di servizi pubblici, sarebbe portatrice di interessi propri, avulsa dai problemi e dalle necessità emerse dalla società; diversamente, se questa si ponesse come Amministrazione di organizzazione, ovvero come organo al servizio della società stessa, sarebbe d'uopo riconoscere all'attività di prestazione il rango di "diritti nuovi".

Nel presente lavoro, ci si è posto l'obiettivo di dischiudere il tema del welfare culturale all'interno dei servizi pubblici e del diritto amministrativo, e ci si auspica di aver introdotto alcuni, fra i numerosissimi temi - tuttora aperti - legati alla connessione dei servizi culturali e sanitari, nella previsione di sensibilizzare le coscienze sulla necessità di un intervento normativo che prenda atto di un cambiamento sociale ed economico, in grado di mettere il benessere olistico della persona al centro delle proprie decisioni.

BIBLIOGRAFIA

ALBISINNI F.G., *L'affidamento in concessione dei servizi culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, vol. 70, fasc. 4, pp. 1107-1126.

CONNELLI A., *La frammentazione delle prestazioni di servizi culturali esenti, ai fini della disciplina dell'iva europea e nazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, vol. 90, fasc. 4, pp. 1561-1585.

IACOPINO A., *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Ed. Scientifica, 2017

LUBERTI A., *I presupposti per l'affidamento in house di un servizio strumentale all'assistenza sanitaria* in *Azienditalia* (Online), 2021, vol. 28, 8/9, pp. 1411-1415.

LUCCA M., *Individuazione dei servizi (privi di rilevanza economica) sociali, culturali, sportivi*, in *Comuni d'Italia*, 2009, vol. 46, fasc. 3, pp. 9-15.

MABELLINI S., *L'intreccio di competenze in materia di gestione dei servizi culturali e il tortuoso cammino verso l'esternalizzazione*. in *Rassegna parlamentare*, 2011, vol. 53, fasc. 1, pp. 124-150.

MODOLO M.A., *Il Servizio Sanitario: territorio e comunità* in *Salute umana*, 2021, fasc. 281, pp. 60-64.

PARZIALE A., *Informazioni sanitarie erranee sul giornale e responsabilità del produttore: il carattere 'intrinseco' del difetto nella zona grigia tra bene e servizio*, in *Danno e responsabilità*, 2021, vol. 26, fasc. 6, pp. 692 e ss.

SANTUARI A., *Sugli effetti della sentenza della Corte Cost.n. 251 del 2016 sui decreti legislativi in materia di società in partecipazione pubblica e di servizi pubblici locali*, in *Corriere giuridico*, 2017 vol. 34, fasc. 12, pp. 1550-1563.

ALBANESE A., *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato* in *Foro.it*, 2015 IV, 151.

ALLEGRETTI U., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in Associazione italiana Costituzionalisti, rivista n. 01/2011.

ASCOLI U. , SICORA, A. *Servizio sociale e welfare in Italia: la necessità di una nuova «grammatica» per le politiche pubbliche. Nota introduttiva*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 1/2017.

AURELIO B. *Obblighi di conservazione e tutela nel settore culturale* in *Diritto.it* del 21 agosto 2017.

AURELIO B. *Obblighi di conservazione e tutela nel settore culturale* in *Diritto.it* del 21 agosto 2017.

BARBA G., *Un'analisi comparata dei servizi pubblici locali in Veneto, Emilia Romagna, Toscana* in *Economia e società regionale*, 2014, fasc. 3, pp. 15-26.

BARBARESCHI S. *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute* in *Federalismi* 20 giugno 2018.

BARBATI C., *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon* 3/2001.

BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A. *Patrimonio culturale, profili giuridici e tecniche di tutela* L'unità del Diritto, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma, RomaTre, 2017.

BAUDINO A., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali: lo stato dell'arte, dopo le modifiche introdotte dal D.L. 95/2012 in tema di contenimento della spesa pubblica*,

dal D. Lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi, dalla Legge di stabilità per il 2014 e dal D.L. 90/2014, contenente misure urgenti per l'efficienza della P.A., in *Il nuovo diritto delle Società*, 2015, vol. 13, fasc. 6, pp. 67-128.

BENVENUTI L., *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Diritto della Regione*, fasc. 2, 2017.

BIANCHINI R. *Note a margine del dibattito sulla erronea contrapposizione fra Pubblico e Privato nella gestione dei servizi pubblici locali* in *GiustAmm.it*, 2019, fasc. 11, pp. 1-5.

BIFULCO R. *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa* in *Relazione al Convegno la democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive*", Firenze, 2-3 aprile 2009.

BOITEAU., *Il concetto comunitario di servizio pubblico e i servizi pubblici locali* in *Problemi di Amministrazione Pubblica* n. 3, 1997.

BONOMI M.S. *Il diritto alla salute e il sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it* 30 luglio, 2014

BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013.

BRAMANTI D., ROSSI G., *Dall'integrazione alla messa in rete dei servizi*, in *Politiche sociali e servizi*, 1999.

BRUNO S. A. *Sviluppo locale di tipo partecipativo ed organismi di diritto pubblico, per la gestione dei beni culturali (Parte II)* in *Diritto Amministrativo*, 8 agosto 2018.

BRUNO S.A., *L'approccio partecipato dei piani di gestione UNESCO e dei piani strategici di sviluppo culturale* in *Rivista Giuridica il Diritto Amministrativo*, Ottobre 2021.

BRUNO S.A., *P.P.P. E Beni culturali: Ragioni di cambio di rotta Legislativo e conseguenze sull'impianto ordinamentale* in *Il Diritto Amministrativo*, 2017.

BRUSCHI A., *Logica e metodologia*, in *Sociologia e ricerca sociale*, 1991.

BUDELLI S., *Servizi pubblici locali: verso una nuova economia sociale di «quasi-mercato»* in *Studi in onore di Claudio Rossano*, 2013.

CAFAGNO M., *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali* in *Munus*, 2016, fasc. 3, pp. 565-605.

CANAPARO P., *L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali: no alle funzioni fondamentali* in *Comuni d'Italia*, 2017, vol. 54, fasc. 6/8, pp. 52.

CARATA R. *L'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ed i principi del diritto dell'Unione europea (con specifico riferimento al servizio idrico)* in *Munus*, 2017, fasc. 3, pp. 617-631.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TREU T. *Il diritto sindacale Vol. 1, Ed. UTET*, 2002.

CAROSELLI A., *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27/07/2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di servizi pubblici locali* in *Diritto del Servizio Pubblico* del 17 febbraio 2005.

CASINI I. *Una <revolution in government>? La riforma amministrativa del patrimonio culturale* in *Rivista Trimestrale del Diritto Pubblico*, fasc.2, 1 giugno 2018.

CASTELLANI L., *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996.

CATTANEO, voce *Servizi Pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990.

CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, in I. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, Vol. VI, Milano, 2012.

CESARINI I. *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, *Diritto.it*, 1 ottobre 2000.

CESARINI I. *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, *Diritto.it*, 1 ottobre 2000.

CIPRIANO G. , *Applicazione delle eHealth nei servizi sanitari, Il diritto sanitario moderno*, 2021, fasc. 1 pp. 62-70.

COEN I. *Il sistema integrato dei servizi* in S. BRUSAFERRO (a cura di), *Governare e dirigere i servizi socio sanitari: l'innovazione nel lavoro integrato dei servizi territoriali per la persona e per la comunità*, in CREF Ricerca 2017

COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam Padova, 1996.

COLAPIETRO, C., *Alla ricerca di un Welfare state "sostenibile"* Da *Rivista "Diritto e Società"*, 1, 2014.

COLASANTE P., *L'applicazione della tecnica premiale al settore dell'affidamento dei servizi pubblici locali ([Osservazione a] Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, vol. 58, fasc. 2, pp. 788-796.

CORAZZA L., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dell'emergenza sanitaria* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2020, fasc. 168, pp. 799 e ss.

CORDONE A., CROCE D., LIPODIO D., ASSEMBERGS D., AZZONI P.M., CALLISTO M., M. BRAVI, P. COGLIATTI, GHEDI A., PETROLLA A. , PIROLA

P.M., TERVISAVI C., TONOLINI M., LAURELLI F., LOMBARDI M., LATTUADA P., LOCATI F., RAMPONI I.M.A., STOCCO M., AZZI M., MILELLA F., *I trend della tecnologia informatica in sanità e le sue ricadute sul Servizio Sanitario Nazionale Con riferimento all'attuale situazione della pandemia da Covid-19* Periodico:Sanità pubblica e privata, in Sanità pubblica e privata, 2021, fasc. 1, pp. 62-65.

CORONATO S., *Organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale* in *Il diritto sanitario moderno*, 2021, fasc. 1, pp. 33-88.

D'AMICO D., *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 04, Aprile 2022.

D'ARIES C., *La qualità nei servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2020.

D'ARIES C., *Performance e qualità nei servizi pubblici locali - Il vincolo della "qualità Totale"* in *Azienditalia (Online)*, 2020, vol. 27, fasc. 8/9, pp. 1414-1425.

DE MARCO F., BRUSINI A., DONATO U., *Declinazione e interdipendenza di tre variabili operative attraverso il confronto Servizio sanitario nazionale-National health service*, in *politichesanitarie (Online)*, 2021, vol. 22, fasc. 3, pp. 111-116.

DE PAOLIS M., *Il nuovo contratto di sponsorizzazione dei beni culturali: uno strumento operativo al servizio delle Autonomie locali*, in *Azienditalia (Online)*, 2019, vol. 26, fasc. 4, pp. 696-699.

DE ROSA P. *Nuove prospettive per il governo del territorio e la valorizzazione dei Beni culturali in Italia in 2018*, in *Studio Cataldi - Il Diritto Quotidiano*, 2018.

DELLA VENTURA P. *Il sistema dei controlli sugli enti territoriali in Amministrazione in cammino* Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto

dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" pubblicato l'8 aprile 2009.

DENTICO N., *Il diritto alla salute prima, durante e dopo il Coronavirus. I figli dissennati dei padri costituenti hanno lavorato per affossare il Servizio sanitario nazionale. Un errore fatale*, in *Altreconomia*, 2020, fasc. 225, pp. 21 e ss.

DI GIULIANA G.C., *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *Federalismi.it* 1 aprile 2020.

DIAMARE S., CINQUEGRANA G., GLORIOSO A., D'ANNA E., *Umanizzazione del rapporto operatore sanitario-utente e miglioramento della qualità dei servizi*, in *Salute umana*, 2021, fas. 283, pp. 50 e ss.

DOGANIERO R. , *Il lavoro agile nel Servizio Sanitario Nazionale*, in *Il diritto sanitario moderno*, 2021, fasc. 2, pp. 93-110.

DUGATO M., *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio privato di utilità sociale*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2008, fasc. 1, pp. 99-111.

DUGATO M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2002.

FANCOURT D. - FINN S., *Quali sono le evidenze sul ruolo delle arti nel miglioramento della salute e del benessere? Una scoping review*, Copenhagen: WHO Regional Office for Europe; 2019 (Health Evidence Network (HEN) synthesis report 67); traduzione a cura di CCW (*Cultural Welfare Center*), pag. XI e ss.

FAVARETTI C., *La gestione della complessità dei servizi sanitari: le competenze necessarie di management e leadership. Managing the complexity of healthcare services: the need for competence in management and leadership* in *Sistema salute*, 2020, vol. 64, fasc. 2, pp. 254-268.

FAVARO T. Verso la Smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana in Rivista giuridica dell'edilizia fasc. 2 del 1 aprile 2020.

FAVARO T. *Verso la Smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana in Rivista giuridica dell'edilizia fasc. 2 del 1 aprile 2020.*

FERRARA M., *“Le politiche sociali. L’Italia in prospettiva comparata”*, Il Mulino 2006.

FIDELBO E. *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini* in *Aedon* n. 3/2018.

FRANCHI SCARSELLI G., *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon* 3/2000.

FRISINA T., *Domiciliarità, RSA e Covid-19, Breve rassegna dei servizi socio-santari in Italia* in *Welfare oggi*, 2021, fasc. 26, fasc. 3, pp. 19-22.

GABRIELLI M.G., *Emergenza sanitaria e lavoro povero nel terziario, nel turismo e nei servizi. Una prima riflessione*, in *La rivista delle politiche sociali*, 2020, vol. 17, fasc. 1, pp. 143-153.

GALLO D., *L'economicità alla luce della giurisprudenza UE e della prassi della commissione sui servizi socio-sanitari*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2019, fasc. 2, pp. 287-299.

GERMINI F., *Covid-19: Servizio Sanitario, Scuola e Società*, in *Salute umana*, 2020, fasc. 277, pp. 4-7.

GIANI I. *Organizzazione territoriale dei servizi sociali: il livello ottimale delle prestazioni* in *Federalismi.it*, pubblicato il 10 agosto 2016.

GIANNINI M.S. , *Il pubblico potere*, Bologna, 1990.

GIARDINI S. *La valorizzazione integrata dei beni culturali* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* fasc. 2, 2006.

GIORGI F.M., *Assunzione senza procedura selettiva da parte di società che gestisce servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica: effetti sul contratto di lavoro* in *Giustizia civile.com (Online)*, 2017, vol. 4, fasc. 1 pp. 1-20.

GIROTTI F., *Dizionario di servizio sociale*, diretto da M. DAL PRA PONTICELLI, Ed. Carocci Faber, Roma, 2005.

GRANDI M., PERA M. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit. 1213.

GUERRIERI A., *Le reinternalizzazioni nei servizi pubblici locali [Nota a sentenza: Corte Conti, sez. regionale di controllo per la regione Lazio, 9 gennaio 2013, n. 2/2013/PAR]*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, vol. 17, fasc. 5, pp. 601-607.

GUERRIERI V., *Danni da 'mala gestio' nelle società pubbliche che operano nei servizi pubblici locali: le sezioni unite in punto di giurisdizione [Nota a sentenza: Cass., sez. un. civ., 15 maggio 2017, n. 11903]* *Giustiziacivile.com (Online)*, 2017, vol. 4, fasc. 10, pp. 1-10.

IACOVONE G., *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci Ed. 2004.

IANNUZZI A., *La garanzia dei diritti sociali fra ipotesi di "nuovi doveri" e richieste di assunzione di maggiori responsabilità individuali. Riflessioni sul Welfare generativo e sulla comunicazione dei costi delle prestazioni sanitarie*, in *Rivista Diritto e Società*, 2014.

LETTERA F., *Liberalizzazioni e gestione 'in house' nei servizi pubblici locali: le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sul controllo analogo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2014, vol. 165, fasc. 7/8, pp. 347-375.

LEVY ORELLI R. , DEL SORDO C. , PAZZI S. , *L'evoluzione del quadro normativo per la gestione dei servizi culturali*, in *Azienditaliana*, 2009 vol. 16, fasc. 11, pp. 3-12.

LICCI M. , *Affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza: fra linee guida ministeriali e giurisprudenza*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2021, fasc. 3, pp. 81-88.

MABELLINI S. , *La gestione dei servizi culturali tra Costituzione e Codice*, in *GA. Gazzetta ambientale*, 2021, vol. 17, fasc. 5, pp. 106-113.

MAINO F., FERRARA M. (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, anno 2013, pag. 7 e ss.

MANZARO P., *Servizi pubblici locali: leale collaborazione e complessità del 'fenomeno sociale'*, in *Munus*, 2017, fasc. 3, pp. 633-656.

MANZONI G., R. PALTRINIERI, *Welfare culturale. La dimensione della cultura nei processi di Welfare di Comunità*, F. Angeli, 2021.

MAPELLI V. , *Prepariamo il futuro del servizio sanitario nazionale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2021, vol. 51, fasc. 2, pp. 5-9.

MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, *Munus*, 2011.

MATTES A., *Brevi considerazioni sulla nuova legge che modifica il sistema brasiliano dei servizi igienico-sanitari* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, vol. 35, fasc. 4, pp. 861-872.

MAURINI G., *L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali: esigenze informative e strumenti di valutazione*, in *ImpresaProgetto*, 2015, Vol 2015, fasc.1, pp. 1-23.

MENNA D., *La gestione in house providing dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra concorrenza, autonomia organizzativa e diversi*

livelli di motivazione aggravata previsti dalla legislazione nazionale in Annali, 2021, vol. 22, pp. 371-386

MERLONI *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Rivista Giuridica Quaderni Pubblici Servizi*, 2002

MERLONI, *L'assunzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario* in E. FOLLIERI, I. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

MERUSI F., *Voce Servizio pubblico* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1976.

MIDIRI F. *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea* in *Federalismi.it* 22 marzo 2017.

MONCERI F., *Riflessioni della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2015, fasc. 1, pp. 81-103.

R. OCCHILUPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, fasc. 2, pp. 495-514.

MONTACCINI G., *La p.a. a geometria variabile: modalità di gestione dei servizi culturali* in *Appalti & contratti*, 2017, vol. 12, fasc. 9, pp. 27-51.

MONTALTI M., *La copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile negli Enti del Servizio Sanitario della regione Emilia Romagna: storia, ragioni e sviluppi del programma regionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, vol. 85, fasc.6, pp. 2059 – 2079.

MONTALTO V., *Cultura per lo sviluppo sostenibile: misurare l'immisurabile?*, in *Fondazione Unipolis*, 2021.

MORRONE A. F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista Aic*, 2013.

NAPOLITANO C. *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto* in *Nuove Autonomie* 3/2018.

NAPOLITANO C. *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto* in *Nuove Autonomie* 3/2018

NERI S., *Più Stato e più Regioni. L'evoluzione della governance del Servizio sanitario nazionale e la pandemia* in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, fasc. 2, pp. 239- 255.

NICOLOSO B.R., *Assistenza farmaceutica diretta (DD) e per conto (DPC) ed assistenza ospedaliera erogate dalle strutture aziendali del servizio sanitario nazionale: logiche, criticità e prospettive*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2020, vol. 51, fasc. 6, pp. 1287-1299.

OLEARI, PATACCHIA, SPIZZICHINO, *Il Welfare in Europa: elementi per un confronto*, Fondazione Emanuela Zancan Onlus – Centro studi e ricerca sociale, n. 1/2001.

OLIVETTI M. *L'attività paranormativa della commissione di garanzia di cui alla l. 146/1990, tra diritto dello Stato e diritto dei privati* in De SERVIO U. (a cura di) *Osservatorio sulle fonti 1999, Torino 2000*.

ORLANDINI G., *Il procedimento di precettazione*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, IPSOA, 2000

PASCUCCI P. *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ed. IPSOA, Collana Leggi e Lavoro, 2000.

PENNETTA G. , *Conoscenza e servizi pubblici locali, altro stop della Corte Costituzionale (nota minima a Corte Cost. n. 38 del 2021)* in *GiustAmm.it*, 2021, fasc. 4, pp. 1-6

PERFETTI L.R., *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti* in *Giurisprudenza italiana* 679 – 683.

PERSIANI M. *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Diritto del Lavoro*, 1992.

PETRILLO B., *La compatibilità dell'art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 con la direttiva n. 2014/24/UE: è possibile affidare anche alle cooperative sociali e non solo alle associazioni di volontariato il servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza tramite convenzionamento? [Nota a ordinanza: Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2021, n. 536]*, in *GiustAmm.it*, 2021, fasc. 2, pp. 1-6.

PIEROBON A., *L'insorgenza dei rifiuti simili nei servizi pubblici locali*, in *Azienditalia (Online)*, 2021, vol. 28, fasc. 7, pp. 1282-1292

PINNELLI C. *Diritti condizionati, risorse disponibili, equilibrio finanziario*, in RUGGERI A. (a cura di) *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994.

PIOGGIA A. *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998.

PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2020

PIPERATA G. *I modelli di organizzazione dei servizi culturali: novità, false innovazioni e conferme* in *Aedon* 1, 2002.

PIPERATA G., *I servizi pubblici locali: scritti recenti (libri)* in *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 24, fasc. 5, pp. 671-672

POTOTSCHING U., *I servizi pubblici*, Padova 1964.

PROFETI S., CITRONI G. , A. LIPPI, *Il governo regionale dei servizi pubblici locali: quali strumenti?* In *Le Regioni*, 2015, fasc. 4, pp. 903-936.

QUATTRUCCI P., *Cultura e salute per un modello integrato di welfare*, in Corriere dell'Italianità, 13 luglio 2020.

RAMANTI D., ROSSI G., *Dall'integrazione alla messa in rete dei servizi*, in Politiche sociali e servizi, 1999.

RENNA M. , C. MICCICHÉ, P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, 2002.

ROSSI E. *Prestazioni sociali con corrispettivo?*, in *Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012.

RUSCIANO M. *Diritto di sciopero e assetto costituzionale* in *Rivista italiana diritto del lavoro*, fasc. 1, 2009.

RUSCIANO M., *I servizi essenziali nei beni culturali: prevenire o reprimere il conflitto?*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, vol. 13, fasc. 3, pp. 457-465.

SALOMINI L., *Le reti di imprese nella gestione dei servizi pubblici locali: verso nuove forme organizzative di collaborazione tra società pubbliche* in *Economia pubblica*, 2020, fasc. 3, pp. 65-83.

SANDULLI M.A. , *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. Sandulli, Giuffrè, 2020.

SANTUARI A., *Autorizzazione e accreditamento dei servizi socio-sanitari tra libertà di iniziativa economica ed esigenze programmatiche* in *Sanità pubblica e privata*, 2021, fasc. 1, pp. 71-97.

SANTUARI A., *Aziende sanitarie locali e società in house: un modello giuridico legittimo di gestione dei servizi socio-sanitari*, in *Sanità pubblica e privata*, 2021, fasc. 3, pp. 11-20.

SCARLATTI P., *Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale sulla ripartizione delle competenze in materia di servizi pubblici locali*, in *Diritto pubblico*, 2020, fasc. 3 pp. 981-1001.

SCIASCIA G., *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto*, 2017.

SCIOTTI R. *Fruizione del patrimonio culturale e diritto di sciopero* in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, fasc. n. 3/2015.

SCIULLI G., *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in *Aedon*, 2002.

SCIULLO G., *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon (Online)*, 2018, fasc. 1.

SCIULLO G., *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura* in *Aedon*, 2015 n. 3.

SCOTTI E. *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare* in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98, 2019.

SCOTTI E., *Servizi pubblici locali estratto da Digesto delle Discipline Pubblicistiche AA.VV. Ed. UTET*, 2021.

SCRUFARI S. *Riflessioni sulla attualità del concetto di valorizzazione del bene culturale* in *Diritto Amministrativo*, novembre 2020.

SIMONELLI I., GUARNIER A. , BROLIS R., *Il modello di cura centrata sul paziente, sulla famiglia e sulla Comunità: lo studio e l'esperienza dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento The Patinet, family and community centred care model: the study and the experience of the healthcare Trust of*

the Autonomous Province of Trento, in *Sistema salute*, 2021, vol. 65, fasc. 1, pp. 48-65.

SIMONELLI I., BROLIS R., FASANELLI A., *La costruzione di strategie a supporto delle condizioni di demenza in Trentino: il contributo dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari. The definition of strategies to support dementia conditions in Trentino: The contribution of the healthcare Trust of the Autonomous Province of Trento*, *Sistema salute*, 2020, vol. 64, fasc. 3, pp. 388-405.

SONG W., KIM B., *Culture and Art Education to Promote Cultural Welfare in Civil Society* in *Social Sciences – MDPI*, 22 November 2019.

SORACE D. *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Rivista Di diritto Pubblico comunitario*, 1992.

SORRENTINO S., *È possibile un rapporto 'preferenziale' tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici? [Nota a sentenza: Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863]* in *Munus*, 2014, fasc. 3, pp. 565-587.

SORRENTINO S., *La procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblicitari locali mediante la società mista (Nota a sentenza: Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655)* in *Munus*, 2018, fasc. 2, pp. 715-744.

SORRENTINO S., *La scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali [Nota a sentenza: TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 17 maggio 2016, n. 691; Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034]* in *Munus*, 2016 fasc. 2, pp. 490-519.

SPORTOLETTI J. , *Diritto amministrativo prestazionale: nozione e modalità di affidamento dei servizi pubblici tra disciplina nazionale ed eurounitaria*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 04, Aprile 2022.

SUCCI P., *Profili operativi della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione di servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica*, in *Notariato*, 2014, fasc. 11, pp. 1-9.

TANZARELLA E. , *Servizi pubblici locali di rete nella provincia di Cordoba, Argentina*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, vol. 29, fasc. 1, pp. 115-117.

TESSARO T., *Livelli delle riforme e nuove sanzioni, tra riordino delle funzioni, servizi pubblici locali e rinnovata scansione dei flussi procedurali* in *Comuni d'Italia*, 2016, vol. 53, fasc. 5, pp. 2-6.

TESTA F., CORO' G., *Servizi pubblici locali: innovazione e beni comuni. Introduzione*, in *Economia e società regionale*, 2014, fasc. 3, pp. 9-14.

TILOCCA L. , *La gestione dei servizi culturali e del tempo libero da parte degli enti locali*, in *L'amministrazione italiana*, 2006, vol. 61, fasc. 9, pp. 1196-1200.

TONETTI A., *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016.

TREU T. *Le regole sullo sciopero nei servizi pubblici dopo la legge n. 83/2000* in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2001.

TREU T., *Commento agli artt. 1, 2, 3,19*, in T. TREU, A. GARILLI, M. ROCCELLA, P. PASCUCCI (a cura di), *Sciopero e servizi essenziali*. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146, cit., 21.

TRIMIRCHI M., *I servizi pubblici locali nella legge sui piccoli comuni (L. 6 ottobre 2017, n. 158)*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 12, pp. 1-6

VALLATA R., VALAGUZZA S., *Pubblici Servizi*, Giappichelli, 2021.

VECCHIATO T., *Welfare generativo: da costo a investimento*, in *Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, a cura della Fondazione Zancan, Il Mulino, Bologna, 2012.

VETTORI N. , *Diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari: il rapporto tra l'amministrazione e il gestore del servizio* in *Munus*, 2021, fasc. 1, pp. 121-157.

VICARELLI G., E. Spina, *Disuguaglianze e Servizio Sanitario Nazionale: una contraddizione irrisolvibile?*, In *Politiche Sociali*, 2020, fasc. 1, pp. 77-102.

VITAE C. *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali* *Novità legislative e tendenze del sistema* in *Le istituzioni del federalismo*, 2009.

VIVALDI, E., *Garanzia dei diritti sociali e ruolo degli enti non profit. alcune considerazioni a margine del disegno di legge delega per la riforma fiscale e assistenziale (ddl n. 4566) e dei primi provvedimenti di un governo tecnico*”, in *Rivista AIC* (Associazione Italiana Costituzionalisti) n. 2/2012 del 17/04/2012.

VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *GiustAmm.it*, 2013, fasc. 11. pp. 1-10.

VOLPE C., *L'affidamento 'in house' di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale* in *GiustAmm.it*, 2014 fasc. 4, pp. 1-12.

ZADRA F., *Implementare il servizio di mediazione linguistico-culturale in ambito sanitario. Uno studio caso in Alto Adige*, in *Mondi migranti*, 2021, fasc. 1, pp. 161-175.

ZAMMARTINO F. , *Città metropolitane e servizi pubblici locali: considerazioni generali*, in *GiustAmm.it*, 2015, fasc. 7, pp. 1-21

ZAMMARTINO F., *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, in GiustAmm.it, 2013, fasc. 6, pp. 1-2.

ZILIANI A., ROVAI B., *Assistenti sociali professionisti*, Carocci Faber, Roma 2012.

ZOLI C., *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero in Aedon (Online)*, 2015.