



Rivista Giuridica Europea

European Law Journal

MARIA CAMILLA SPENA

Effettività del diritto alla salute dello straniero tra tutela costituzionale e vincolo finanziario

ALESSANDRO DI MARTINO

Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270

ANTONIO LIGUORI

Brevi considerazioni sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari

FRANCESCO ARMENANTE

Dal "principio della moglie di Cesare" alle convenzioni internazionali contro la corruzione: il *de praeterito* e il *de futuro* del conflitto di interessi

PAOLO MAMMOLA

Introduction to Private Equity

RIVISTA GIURIDICA EUROPEA

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof. Guglielmo Trupiano

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Lucia Picardi

**COMITATO SCIENTIFICO
E DI VALUTAZIONE
(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)**

Filippo Annunziata

(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto dell'Economia Università degli Studi di Milano Bocconi)

Marco Calabrò

(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

Barbara Cortese

(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)

Ruggiero Dipace

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)

Roberto Leonardi

(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Paola Lombardi

(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Giuseppina Mari

(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Francesco Marone

(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

Enrico Minervini

(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)

Lucia Picardi

(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)

Maria Alessandra Sandulli

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Renata Spagnuolo Vigorita

(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

DOCENTI STRANIERI

Cristina Fraenkel-Haerberle

Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

Fernando Garcia Rubio

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos

Maria Teresa Carballeira Rivera

Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)

Jan Lieder

Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg

Ana Munoz Perez

Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

Francine Macorig-Venier

Professeur Droit Privé et Sciences criminelles
Université Toulouse 1 Capitole

**SEGRETERIA DEL COMITATO
SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE**

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

COMITATO EDITORIALE

Flaminia Aperio Bella

(Assegnista di ricerca, idoneo Professore associato
Diritto Amministrativo)

Nicola Posteraro

(Assegnista di ricerca Diritto Amministrativo)

Martina Sinisi

(Ricercatore Diritto Amministrativo, idoneo Professore associato)

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sabrina Tranquilli

(Assegnista di ricerca Diritto amministrativo)

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

EDITORE

Edicampus Edizioni

ISSN 2612-2995

ANNO II, NUMERO 2

MESE DI DICEMBRE 2019

INDICE

Effettività del diritto alla salute dello straniero tra tutela costituzionale e vincolo finanziario 7

di Maria Camilla Spina

Abstract 7

1. Diritti sociali e multiculturalismo al tempo della crisi 9

2. Tutela della salute e immigrazione 23

3. Analisi dei fattori che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari 26

Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270 47

di Alessandro Di Martino

Abstract 47

1. Attualità del problema, analisi del caso e premesse metodologiche 49

2. Brevi cenni sui limiti della discrezionalità amministrativa nelle procedure automatizzate 51

3. La predeterminazione amministrativa in sede di definizione dell'algoritmo e le garanzie dei privati 55

4. La «cognizione piena» del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate 66

5. Considerazioni conclusive 69

Brevi considerazioni sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari 75

di Antonio Liguori

Abstract 75

1. Il Decreto sicurezza e le nuove misure in materia di protezione internazionale 77

2. La protezione umanitaria nell'ordinamento italiano: eliminare per evitare di correggere 78

3. La tipizzazione legislativa della protezione umanitaria: nuovi sistemi di esclusione 80

4. Conclusioni 83

Dal “principio della moglie di Cesare” alle convenzioni internazionali contro la corruzione: il *de praeterito* e il *de futuro* del conflitto di interessi 85

| | |
|--|------------|
| <i>di Francesco Armenante</i> | |
| Abstract | 85 |
| Introduction to Private Equity | 101 |
| <i>di Paolo Mammola</i> | |
| Abstract | 101 |
| 1. An Introduction to Private Equity | 103 |
| 2. Private Equity Entities | 108 |
| 3. Addressing Agency Problems through Contract | 111 |
| 3.1 Side Letters | 113 |

Effettività del diritto alla salute dello straniero tra tutela costituzionale e vincolo finanziario

Effectiveness of the right to health of foreign citizens between constitutional protection and financial constraints

MARIA CAMILLA SPENA

(Professore aggregato di Diritto sanitario – Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract

Il presente contributo si propone di fornire alcune chiavi di lettura del fenomeno migratorio, per un approccio sistemico focalizzato sulle dimensioni della salute e dell'assistenza. La ricerca, nell'evidenziare la complessità della tematica, sottolinea l'importanza, e l'interdipendenza, di alcune dimensioni e variabili legate al contesto più che all'individuo, facendo riferimento agli ostacoli non solo normativi ma anche culturali ed economici. Seppure l'Italia sia uno degli Stati della UE dove è garantita una maggiore tutela della salute, si rende necessaria una capacità di *governance* a livello europeo e locale, particolarmente orientata alla promozione della salute attraverso l'adozione di politiche intersettoriali.

This article aims to contribute to understanding migration, within a systemic approach focused on health and assistance. In common research, it has been well underlined how important is the interconnection of the number of dimensions and variables related to the context rather than the individual, in clear reference not only to the limitations implied by the regulations, but also to the cultural and economic constraints. Though Italy is one of the EU countries where health is held as a basic and major right, it is necessary to implement a European as well as local governance, specifically focused on the promotion of health-related rights by encouraging policies of cross-sectoral cooperation.

Sommario: Diritti sociali e multiculturalismo al tempo della crisi. – 2. Tutela della salute ed immigrazione. Il difficile bilanciamento tra il principio universalistico e la promozione delle autonomie. – 3. Analisi dei fattori che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari.

1. Diritti sociali e multiculturalismo al tempo della crisi

Il sistema di assistenza sanitaria ha subito nel XX secolo e nell'ultimo decennio profonde e significative trasformazioni, non soltanto nel nostro Paese. Le cause sono molteplici. Da un lato, i progressi della medicina, dall'altro, la diminuzione di risorse finanziarie a disposizione, insieme alle domande sociali, hanno portato ad una rinnovata impostazione delle politiche di welfare ed al dibattito, sulla tenuta nel contesto attuale del modello di Stato sociale, che ne mette a dura prova gli stessi presupposti, considerando che oltre alle profonde trasformazioni del mondo del lavoro e del sociale, è sempre più pressante la competizione sovranazionale¹.

¹ Nel corso dello scorso secolo in alcuni Stati europei, fra i quali l'Italia, si sviluppò la concezione del diritto alla salute come diritto fondamentale influenzata dalla linea di pensiero adottata nel Regno Unito con il cd. Beveridge Report (1942) che sancì l'affermazione del modello di Stato sociale. Con tale Rapporto, stilato dall'economista William Beveridge, che introdusse e definì i concetti di sanità pubblica e pensione sociale per i cittadini, la sicurezza sociale compì un decisivo passo avanti. Tali proposte vennero attuate dal laburista Clement Attlee, divenuto Primo ministro nel 1945. Con tale atto venne affermata l'universalità dell'assistenza pubblica, ovvero la l'accessibilità e l'omnicomprensività delle prestazioni; il finanziamento basato sulla fiscalità generale e la gratuità nell'erogazione della prestazioni. Questa scelta politica si concretizzò nel 1948 con l'istituzione del National Health Service (NHS) che influenzò i modelli sanitari di molti altri paesi, con la diffusione dell'attuale modello di Welfare. Questo modello di Stato si propone come finalità quella di ridurre le disuguaglianze sociali, garantendo diritti e servizi sociali come: l'assistenza sanitaria, l'istruzione pubblica, le norme del mercato del lavoro, l'indennità di disoccupazione e i sussidi familiari nei casi in cui ne venga rilevato il bisogno, l'accesso alle risorse culturali e la difesa dell'ambiente naturale. Tuttavia già a partire dagli anni 80-90 i sistemi di Welfare sono entrati in crisi per ragioni economiche, politiche, sociali e culturali, tanto da parlare, da allora, di una vera e propria crisi del Welfare State. In Italia come nei paesi scandinavi vige il modello di Welfare "universalistico": dove determinati servizi vengono erogati a tutti i cittadini dello Stato senza nessuna differenza. Tale modello promuove l'uguaglianza di status passando così dal concetto di assicurazione sociale a quello di «sicurezza sociale», fornendo un Welfare che si propone di garantire a tutta la popolazione standard di vita qualitativamente più elevati. Sui diritti sociali, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, Enc. giur, XI, Roma, 1989, p. 31; L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, pp. 147,148; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 1, p. 31. M. BENVENUTI, *Diritto sociale*, in *Dig. disc. pubbl.*,

Fra gli elementi che hanno contribuito a porre in crisi il modello dello Stato sociale, la crisi petrolifera del 1973, con il progressivo rallentamento della crescita economica, ridusse la possibilità di spesa pubblica con una accelerazione negli anni successivi. Un altro contraccolpo si è avvertito con l'abbassamento della natalità e, dall'altro, con l'aumento della vita media della popolazione e del costo delle cure mediche, sempre più avanzate e onerose. La combinazione di questi fattori ha alterato il rapporto tra la popolazione attiva e chi percepisce un reddito da pensione, rendendo difficile la sostenibilità dello stesso sistema pensionistico così come era stato inizialmente pensato. A questo va aggiunto che l'allungamento della durata media della vita, al quale si somma lo scarso rendimento dei mercati azionari, mette in difficoltà le assicurazioni sanitarie, che devono così ridurre la propria offerta. Inoltre, la partecipazione ridotta delle donne a servizi da loro tradizionalmente svolti in passato, come la cura nei confronti di bambini ed anziani, ha contribuito a determinare un aumento della spesa sulla sicurezza sociale e sulla salute.

Di poi, la grande crisi economica globale manifestatasi a partire dal 2008, ha definitivamente messo in crisi questo modello, determinando l'aumento di classi sociali con minor disponibilità economiche e con maggiore bisogno di assistenza da parte dello Stato.

Questo peggioramento, con diverse misure e caratteristiche, riscontrabile in tutti gli Stati ispirati a questo modello, ha influito in misura rilevante sulla concreta attuazione del diritto alla salute², mettendo in crisi i meccanismi di protezione sociale. Si è evidenziata la non praticabilità di un Welfare costoso ed ampio a causa del deterioramento progressivo dovuto alla impossibilità di finanziarlo tassando i ceti medi, progressivamente schiacciati verso redditi medio bassi; dall'altro, le

Utet, 2013, pp. 219 ss.; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Cedam, 1990, p. 44 ss.; F.A. CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Giuffrè, 2012, p. 219 ss..

² Cfr. G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 4, p. 984; E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Dir. soc.*, 2014, 1, p. 4; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in B. PEZZINI, C.E. GALLO (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 28.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017; R. BALDUZZI, G. CARPANI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, il Mulino, 2013, p. 25.

aziende non riescono a sostenere forme di tutela nei confronti dei propri lavoratori e, allo stesso tempo, competere con la concorrenza dei paesi in via di sviluppo che hanno costi del lavoro più competitivi. Da qui la necessità di adottare politiche di innovazione del modello tradizionale di Welfare attraverso nuove forme di socialità basate su servizi più efficienti e meno costosi mediante una gestione che sappia sfruttare le economie di scala ed il ricorso alle tecnologie informatiche dei servizi erogati al cittadino. Ma l'esigenza di efficienza va conciliata e non contrapposta ad una politica di equità, e tale combinazione può produrre un miglioramento dello stato di salute della popolazione, tale da influire positivamente sulla stessa crescita economica.

Equità e sostenibilità sono condizioni di possibilità per la giustizia sociale, principi che in materia di salute vanno collegati alla questione della sostenibilità nella fruizione e nell'esercizio di un diritto fondamentale ed incompressibile. Gli effetti equitativi della politica sanitaria non vanno visti solo in relazione al rischio di allontanare dai servizi sanitari quella parte di popolazione che a causa di motivi economici, pur avendone bisogno, rinuncia ad essi. Ma va considerato che uno stato di svantaggio sociale, economico e culturale si traduce in un più basso livello di salute in quanto da una parte condiziona una maggiore esposizione ai fattori di rischio delle malattie e dall'altro determina un minore uso ed accesso alle risorse sanitarie³. Per combattere le disegualianze, è quindi, necessario rendere equilibrata e qualitativamente omogenea l'offerta sanitaria in tutte le aree del Paese, incoraggiando le reti cliniche di qualità e misurare gli avanzamenti con specifici indicatori, intensificando il supporto preventivo e assistenziale ai poveri, agli stranieri in difficoltà, agli

³ Cfr. G. CLERICO, *Salute, equità, benessere*, in *Tendenze nuove*, n.1/2, pp.9- 46, Il Mulino, 2012. Numerosi studi hanno dimostrato che in tutta Europa i cittadini in condizioni di svantaggio sociale tendono ad ammalarsi maggiormente, a guarire di meno, a perdere autosufficienza, ma via via che si risale lungo la scala sociale, questi stessi indicatori di salute migliorano secondo quella che viene chiamata la legge del gradiente sociale. Queste variazioni di salute nella popolazione, oltre che ingiuste perché sempre a svantaggio dei soggetti socialmente più sfavoriti, sono anche inefficienti per il Paese, perché rappresentano un freno allo sviluppo sociale ed economico, in quanto presuppongono l'uscita anticipata dal mercato del lavoro di individui altrimenti produttivi, un maggior costo a carico del servizio sanitario, delle politiche assistenziali e del welfare, così come una ragione di minore coesione sociale. È dunque ragionevole incentivare politiche di prevenzione orientate alla promozione del benessere e della salute. Si v. Piano Nazionale della Prevenzione 2014-2018, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_2285_allegato.pdf; nonché il sito ministeriale www.guadagnaresalute.it.

anziani⁴.

In dottrina più volte si è evidenziato che il diritto alla salute è un diritto che ha un valore non solo personale (assenza di infermità e benessere psicofisico), ma anche un valore collettivo (benessere sociale), strettamente collegato ad altri diritti umani. Conseguentemente, a prescindere dall'etnia, ai sensi dell'art. 3 Cost., tutti coloro che si trovano sul territorio dello Stato dovrebbero poter accedere ai servizi sanitari. Ma è anche un diritto che risente più degli altri delle trasformazioni sociali e giuridiche, che stimola un confronto sulla sua natura e sul suo contenuto; diritto che evolve non solo insieme alla scienza medica, ma anche e soprattutto insieme alla evoluzione della società in cui si realizza⁵. E' un diritto che si pone come luogo di intersezione tra interessi e tensioni diversi, che coinvolge la persona e il suo rapporto con il medico, con l'amministrazione, con una società oramai multietnica e multiculturale; che tocca la relazione fra impresa e diritti dei lavoratori, la libertà individuale e la responsabilità. Comprendere questi cambiamenti non è facile e spesso si tratta di evoluzioni che seguono percorsi non sempre lineari e la cui effettività si misura soltanto con il tempo⁶.

L'Italia è stata tra i primi paesi al mondo a costituzionalizzare il diritto alla salute, ancor prima dello Statuto dell'Organizzazione

⁴ *Amplius*, V. MAPELLI *Il sistema sanitario italiano*, Il Mulino, Collana Itinerari, 2012; *Pubblico e privato nel sistema di Welfare*, a cura di G. CERRINA FERONI, M. LIVI BACCI, A. PETRETTO, Fondazione Cesifin, 2017, www.cesifin.it; *Amplius*, INMP, *Relazione annuale sulla performance*, 2017. L'Istituto Nazionale per la promozione della salute delle popolazioni Migranti e per il contrasto delle malattie della Povertà (INMP) è un ente del SSN (Cons. Stato, 22 aprile 2016, n. 969), con personalità giuridica di diritto pubblico, dotato di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile, vigilato dal Ministero della salute, con il compito di promuovere attività di assistenza, ricerca e formazione per la salute delle popolazioni migranti e di contrastare le malattie della povertà. L'impegno dell'Istituto è di mitigare gli effetti sulla salute delle disuguaglianze sociali, non solo nel settore sanitario, ma in tutti i settori delle politiche pubbliche rilevanti

⁵ Cfr. A. PIOGGIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?* in <https://www.Regione.emilia-romagna.it>, 2, 2017. Nella Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 1 dispone che "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti". Il diritto alla salute e gli altri diritti contribuiscono alla costruzione della dignità della persona.

⁶ La Corte Costituzionale con la sentenza del 31.01.1991 n. 37 ha affermato che il diritto alla salute ha "valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnato dalla Costituzione". Cfr. N. TARCHI, *I sistemi sanitari europei alla prova dell'immigrazione. Riflessioni a margine di un convegno fiorentino*, Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 7 aprile 2017, in www.rivistaic.it.

Mondiale della Sanità⁷; e, come evidenziato da Zagrebelsky, esso nelle Costituzioni degli Stati europei che non lo menzionano esplicitamente si lega al rispetto della dignità umana, mentre nella nostra Carta è addirittura l'unico tra i diritti umani a essere qualificato come “fondamentale”⁸.

Ma la stessa definizione del concetto di salute ha subito nel corso degli anni profonde modifiche. Prima l'obiettivo del legislatore era di tutelare la “salute” come integrità corporea dell'individuo. Secondo la visione liberista l'intervento dello Stato in campo sanitario si configurava come limitato e strumentale; non era previsto infatti, alcun dovere da parte dello Stato di provvedere al mantenimento dello stato di salute dell'individuo, “*non essendo compito dello Stato di surrogarsi all'individuo e di provvedere a tutti i bisogni di lui*”⁹. Solo successivamente, nella metà del secolo scorso, nello Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) la nozione si è ampliata sino ad essere intesa come uno “*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia*”¹⁰. Secondo questa visione,

⁷ Lo Statuto dell'OMS è entrato in vigore il 7 aprile 1948 in seguito alla ratifica da parte di 26 firmatari. La definizione di salute è contenuta nel Preambolo dell'atto costitutivo e si fonda su due elementi, uno individuale e l'altro collettivo: “*benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattie ed infermità*”, ma anche “*condizione fondamentale per la realizzazione della pace e della sicurezza e dipende dalla più completa collaborazione tra gli individui e tra gli Stati*”.

⁸ V. ZAGREBELSKY, *Diritto fondamentale alla salute: principi e realtà*, in Atti del XIV Congresso Nazionale SIMM – Torino, 11-14 maggio 2016. Bologna, Pendragon, 2016, pp. 41- 44

⁹ In tal senso, cfr. F. CAMMEO, *Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1905, p. 213. Si v. C. E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, pp. 7-8. La Corte cost. con l'ord. 29 aprile 2005 n. 270 e nella sentenza 5 giugno 2006 n. 181 ebbe a precisare che la materia “*tutela della salute*” è “*assai più ampia rispetto alla precedente materia assistenza sanitaria e ospedaliera*”.

¹⁰ Sul dibattito sulla nozione di salute, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, 1972, pp. 433 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità dell'art. 32 Costituzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol.dir.*, 1974, p. 768 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute* (dir. Cost.), in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, cit., p. 5; E. CATELANI, G. CERRINA FERRONI, M.C. GRISOLIA, (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 49 ss. Per comprendere i profondi cambiamenti del diritto alla salute - che si pone alla base degli altri diritti fondamentali che spettano alle persone - e della sua complessità non solo in termini normativi, basti pensare che seppure la legge sull'interruzione di gravidanza n. 194 è risalente al 1978, a distanza di oltre quarant'anni ancora si incontrano difficoltà nel garantire tale servizio in modo adeguato e su tutto il territorio nazionale. Così analo-

la salute viene considerata più un mezzo che un fine e può essere definita come una risorsa dell'esistenza quotidiana che consente alle persone di condurre una vita produttiva a livello individuale, sociale ed economico¹¹. Questo principio assegna agli Stati, soprattutto quelli che sono meta di fenomeni migratori, compiti che vanno ben al di là della semplice gestione di un sistema sanitario, dovendo ridefinire piani e progetti al fine di offrire un servizio non solo per i propri utenti ma anche per le persone provenienti da Paesi extracomunitari.

Il punto di svolta, come innanzi detto, è costituito dall'art. 32 Cost., norma poliedrica che tutela la salute da vari punti di vista in quanto diritto fondamentale dell'uomo alla base della crescita del singolo individuo ed anche del contesto sociale in cui egli sviluppa ed esprime la propria personalità¹². La norma costituzionale tutela la salute non solo come interesse collettivo, giustificando importanti interventi legislativi in chiave di prevenzione, ma anche come diritto sociale, che deve essere garantito mediante la predisposizione di strutture sanitarie da parte dello Stato così da assicurare cure gratuite agli indigenti.

Nell'ambito del tema sulle disegualianze nell'accesso alle cure sani-

gamente, il legislatore italiano solo nel 1982 con la legge n. 164 è intervenuto dettando "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso", ritenendo inizialmente che il mutamento irreversibile dei caratteri anatomici fosse un requisito necessario per poter portare a termine il processo di mutamento del sesso, volto all'adeguamento dei caratteri sessuali alla percezione di sé che ha la persona e quindi all'ottenimento della rettifica anagrafica (art. 1, c. 1, l. 14 aprile 1982, n. 164). Prima della legge n.164/1982 l'intervento chirurgico era vietato e penalmente perseguibile come lesione dell'integrità fisica. Orientamento, alla luce della copiosa giurisprudenza, successivamente modificato dalla Corte costituzionale che con la sentenza 21 ottobre 2015, n. 221, e ancor prima dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 20 luglio 2015 n. 15138, ha stabilito che non vi è più la necessità dell'intervento chirurgico plastico per ottenere la rettificazione anagrafica e la riattribuzione del sesso. Aderendo a tale orientamento, il Trib. civ., Pavia, Sez. II, con sentenza 17 gennaio 2018 n. 116, ha precisato che " *la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione ma solo] come possibile non obbligatorio mezzo funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico*".

¹¹ La salvaguardia della salute pubblica diventerà la preoccupazione principale allorché comprenderà che una società quanto più possibile libera da malattie, è sana e produttiva e contribuisce all'efficienza e produttività dello Stato.

¹² F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979, p. XI, 14 ss.; M.R. SPASIANO. *Principi sull'immigrazione*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA (a cura di) *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubettino, 2009, pp. 9 ss..

tarie non può essere sottaciuto che l'incremento della popolazione immigrata ha inciso ulteriormente sulla capacità del sistema di rispondere in modo adeguato ai bisogni di soggetti, che spesso presentano rischi più elevati per le condizioni socioeconomiche in cui vivono¹³.

Orbene, se è fuori di dubbio che il diritto alla salute - inteso come benessere psicofisico della persona - è un diritto fondamentale dell'individuo in quanto essere umano, che trova le proprie basi fondamentali nell'art. 32 Cost., ma anche negli artt. 2 (diritti inviolabili dell'individuo), 3 (diritto ad un'esistenza degna)¹⁴, 10 (diritto di asilo), 38 (diritto all'assistenza e previdenza sociale) e 117, co. 1 (rispetto degli obblighi internazionali) Cost., estensibile anche agli stranieri¹⁵, è altrettanto vero che esso, secondo consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, è un diritto finanziariamente condizionato dalla disponibilità delle risorse¹⁶. Vi è una assunzio-

¹³ M. TOGNETTI BORDOGNA, *Bisogni di salute degli immigrati e i processi di cambiamento organizzativi nei servizi sanitari*, in sociologia Urbana e Rurale, 2013, pp.101 -119.; M. TOGNETTI BORDOGNA, P. ROSSI (a cura di) *Salute e inclusione sociale degli immigrati. La sfida dell'accesso ai servizi sanitari*, Milano F. Angeli, 2016.

¹⁴ La Corte Costituzionale con la sentenza n. 120/1967 in relazione all'art. 2 e all'art. 10, 2 comma, della Costituzione, precisò che mentre l'art. 2 riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, il secondo dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 della Cost. si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza debba ritenersi esteso anche allo straniero allorché trattasi della tutela di diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale. Ma la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento (in tal senso, cfr. Corte cost. n.104/1969) www.giurcost.org/decisioni.

¹⁵ E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in A. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011. Sulla estensibilità agli stranieri: Corte cost., sent. n. 203/1997; sent. n.105/2001; sent. n.432/2005. Nella sentenza n. 252/2001, la Corte Costituzionale definisce tale diritto come "un nucleo irriducibile" che deve essere garantito anche gli stranieri, in www.giurcost.org/decisioni.

¹⁶ Sul diritto alla salute quale diritto finanziariamente condizionato, cfr. M.C. PAOLETTI, *Diritti sociali e risorse finanziarie: la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2017, in www.diritto.it; R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F. ROVERSI

ne di responsabilità finanziaria dello Stato nella *governance* dei conti pubblici, richiesta anche dalla UE, confermata dall'art. 81 Cost. e dall'attuale previsione della regola del pareggio del bilancio (art. 1, l. cost. n. 1/2012)¹⁷, intesa a garantire il diritto alla salute attraverso il necessario bilanciamento tra attuazione del diritto alla salute e sua sostenibilità¹⁸, tra interesse della collettività e diritto del paziente alla tutela dell'integrità della persona mediante un criterio di adeguatezza, completezza e appropriatezza della prestazione¹⁹.

Non va tuttavia sottaciuto che il principio del pareggio di bilancio impedisce, salvo rare eccezioni, il ricorso all'indebitamento²⁰, anche nelle ipotesi in cui le politiche di *deficit spending* fossero giustificate dalla necessità di interventi dello Stato in materia sociale. E l'attuale emergenza finanziaria può avere gravi ripercussioni sulla qualità del servizio sanitario, ma anche determinare una riduzione quantitativa delle prestazioni erogate.

Il richiamo della giurisprudenza costituzionale²¹ del diritto alla sa-

MONACO e C. BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, 2012, pp. 79 ss. Sulla necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali, la Corte cost. nella sentenza n. 509/2000, con riguardo al diritto alla salute, ha precisato che “non è ammissibile che l'esito del bilanciamento sia un pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto di cui siamo titolari”.

¹⁷ Sebbene la L. cost. n. 1/2012 rechi il titolo di “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”, è stato rilevato che il testo degli artt. 81, cc. 1 e 6, 97, c. 1, e 119, c. 1, faccia riferimento esclusivamente all'equilibrio dei bilanci. Anche la L. n. 234/2012 fa riferimento all'equilibrio dei bilanci oltre che allo Stato, anche in relazione agli enti territoriali ed alle amministrazioni pubbliche non territoriali. Sul punto, v. T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in Quad. cost., 2014, 1, p. 58.

¹⁸ Va ricordato che il default del sistema sanitario verificatosi negli anni novanta del secolo scorso è stato determinato da un aumento abnorme della spesa sanitaria basata sul regime dei cd. costi storici, con meccanismi politici di acquisizione del consenso, dove si garantiva una copertura sanitaria generalizzata a tutti poggiata sulla fiscalità generale. Cfr. D. MORANA, *L'effettività dei diritti costituzionali, tra crisi della legge e (in) disponibilità di risorse*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Cedam, 2013, pp. 69 ss.; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, 2009.

¹⁹ Criteri già ribaditi nel d.lgs. n. 502/92, succ. modific. dal d.lgs. 229/1999 e succ. modif. dal d.P.C.M. 29.11.2001.

²⁰ Il ricorso all'indebitamento è espressamente previsto e consentito, ma solo per la correzione del ciclo oppure, previa autorizzazione parlamentare con maggioranza qualificata, nel caso di verifica di eventi eccezionali (secondo comma).

²¹ Sul punto, Corte cost. sent. n. 455/1990; sent. n. 304/1994; nell'ambito relativo ai diritti degli immigrati, sul carattere inclusivo ed antidiscriminatorio, si v. Corte cost., sentenza n. 432/2005, in www.giurisprudenzacostituzionale.it; Cons. St., III, sent. 14

lute nella categoria dei diritti finanziariamente condizionati si rende necessario per chiarire che, ad avviso della Consulta, non sussiste un obbligo per il Servizio sanitario regionale di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche del mercato²².

Al riguardo, la Corte Costituzionale, in un'opera di bilanciamento²³ dei valori costituzionali, ha affermato che la discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali deve necessariamente incontrare il limite della *“riserva del ragionevole e del possibile”*²⁴, confermando il principio che la tutela del nucleo inviolabile dei diritti fondamentali prevale sempre sulle esigenze finanziarie. Al riguardo, la Corte con la sentenza n. 275 del 2016 ha ribadito come sussista un *“nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [che] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*²⁵.

novembre 2017 n.5251 in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2010, n. 7025; da ultimo Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2017 n.4347 in www.giustiziamministrativa.it; R. NANIA, *La questione del “federalismo fiscale” tra principi costituzionali ed avvio del percorso attuativo*, in www.federalismi.it, n.23, 2009; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.costituzionalismo.it, 1/2015, p. 142.

²³ Sul bilanciamento fra sostenibilità finanziaria ed effettività del godimento del diritto sociale si v. S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid, Rassegna*, 4, 2015, p. 18.

²⁴ Cfr. Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355; luglio 1998, n.267; 20 novembre 2000, n. 509; 27 luglio 2011, n. 2408 in www.giurcost.org/decisioni. Sul temperamento tra garanzia dei diritti sociali e risorse finanziarie, M.C. PAOLETTI, *Op. cit.* in www.diritto.it.

²⁵ Cfr. Corte cost., 19 ottobre 2016, n. 275 in www.giurcost.org, Considerato in diritto, punto 11, dove la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nella legge Regione Abruzzo n.15/2004, secondo cui la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria al trasporto degli studenti disabili o in situazione di svantaggio, *«nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa»*, in quanto la disposizione impugnata non poteva non contenere tale limite, pena la violazione dell'art. 81 *Cost.* per carenza di copertura finanziaria, ritenendo che essa si fondi su una visione non corretta della nozione di equilibrio di bilancio, giacché *“è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*. Sul punto, A.

Tra l'altro, la Corte nel richiamare il principio di gradualità precisa "che il bilanciamento deve avere luogo tra "entità omogenee" cioè tra diritti e diritti e non direttamente tra diritti sociali ed esigenze di bilancio"; anche perché, come rilevato, l'equilibrio di bilancio è cosa diversa dal pareggio e, consentendo il nuovo art. 81 politiche economiche anticicliche, permette il sostegno delle situazioni sociali più deboli²⁶. In altri termini, il legislatore nella sua discrezionalità non può intaccare quel "nucleo incompressibile" del diritto alla salute, quale diritto fondamentale, che deve essere sempre garantito. La Consulta con tali decisioni sottolinea l'esigenza di contenimento della spesa pubblica in un quadro di ripartizione delle competenze che, senza comprimere l'autonomia regionale, realizzi forme di tutela dei diritti fondamentali nel rispetto dei principi di eguaglianza e pari dignità²⁷.

Analogha sensibilità si ravvisa nella sentenza n. 169 del 2017 dove la Corte affronta il tema del diritto alla salute rispetto al rapporto tra "prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie" e "spesa costituzionalmente necessaria": cioè, se lo Stato "sia libero di ignorare le priorità costituzionali, destinando le risorse 'disponibili' altrove ad obiettivi che la Costituzione non impone o addirittura vieta"²⁸. Nella sentenza viene denunciata l'assenza nell'ordinamento italiano di una "doverosa separazione del fabbisogno LEA dagli oneri degli altri servizi sanitari", la cui "persistenza può causare la violazione degli artt. 32 e 117, secondo comma, lettera m), Cost.,

LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, n.10/2017; F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno LXI, Fasc.6-2016, Milano, pp. 2507 ss.; A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte cost. n. 275 del 2016*, in *Giur. cost.* 2016, p. 8; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, p. 14.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. del 19 ottobre 2016, n. 275. *Amplius*, A. PITTINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 68 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, Rivista AIC, n. 3, 2016, p. 13 e ss., parla di bilanciamento "ineguale" "nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività", in www.rivistaaic.it; M.C. PAOLETTI, *Op. cit.*, p.5.; D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in Cammino*, 2015, p. 8.

²⁷ In tal senso, S. GAMBINO, *Op.cit.*, pp. 3 ss.

²⁸ In tal senso, L. CARLASSARE, *Op.cit.* in www.costituzionalismo.it, 1/2015, p. 142; si v. anche L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in www.federalismi.it, p. 6.

nei casi in cui eventuali disposizioni di legge trasferiscano “a cascata”, attraverso i diversi livelli di governo territoriale, gli effetti delle riduzioni finanziarie sulle prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie (in tal senso sentenza n. 275 del 2016)”²⁹. Da qui l’invito ad una “leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività”, separando “il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria”. E ciò deve “essere simmetricamente attuato, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009 ... al fine di garantire l’effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie”.

Il diritto alla salute come diritto fondamentale, e quindi, autonomamente giustiziabile, viene ribadito anche con la riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001). Anche nel governo della sanità viene modificato il riparto di competenze fissato in precedenza nella Costituzione, e distribuito tra Stato e Regioni, entrambi impegnati, con differenti ruoli, nella regolamentazione ed offerta dei servizi sanitari³⁰. Al riguardo, l’art. 117 Cost., al primo comma, subordina la potestà legislativa statale e regionale ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Il nuovo art. 117 Cost. al secondo comma, lett. m), demanda allo Stato, come competenza a titolo esclusivo, la ‘*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*’, mentre la tutela della salute, concetto di certo più ampio rispetto al precedente “*assistenza sanitaria ed ospedaliera*”, viene definita materia di competenza concorrente Stato - Regioni (3 co. Cost.). Alle Regioni viene riconosciuta una competenza concorrente sull’organizzazione e sul funzionamento delle attività in materia di ‘tutela della salute’.

Il quarto comma dell’art. 117 Cost. affida alla competenza legislativa residuale delle Regioni l’organizzazione amministrativa regionale³¹.

²⁹ Cfr. Corte cost., n. 169 del 2017 in www.giurcost.org.

³⁰ F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2018, pp.789 ss..

³¹ Sulla organizzazione sanitaria si v., Corte cost., 23 marzo 2007, n. 105; L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari*, op.cit., p.3. Riparto di competenze delimitato dal 6 comma dell’art. 117, che distingue le competenze regolamentari e dall’art. 118 in tema di funzioni di amministrazione.

La riforma costituzionale, quindi, affida alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni la tutela della salute, delineando un sistema caratterizzato da un pluralismo di centri di potere con l'ampliamento del ruolo e delle competenze delle autonomie locali nell'organizzazione dei servizi assistenziali e sanitari³². La *ratio* del legislatore era di individuare - attraverso tale riparto, nel rispetto del principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni -, lo strumento attraverso cui garantire un giusto equilibrio tra esigenze di uniformità di tutela del diritto alla salute e modelli organizzativi differenziati³³. Purtroppo, se il fine della riforma nel delegare alle Regioni e Province autonome l'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari era di realizzare un federalismo solidale, in realtà ciò ha contribuito alla nascita di ventuno differenti sistemi sanitari, il cui accesso è profondamente diversificato ed iniquo, dove lo Stato si è limitato ad una delega al controllo della spesa e non ha costituito un incentivo alla riorganizzazione dei SSR.

Nel mutato quadro istituzionale, le relazioni intergovernative sono affidate al sistema delle Conferenze per l'attuazione della cooperazione fra le istituzioni, per prevenire i conflitti istituzionali e garantire ai cittadini italiani che le istituzioni operino in sinergia, dando concreta attuazione a quel principio di sussidiarietà che è ritenuto oggi il fondamento su cui basare le attività di interesse pubblico³⁴.

ne attiva sino alla regolamentazione della finanza pubblica. Sotto diverso profilo, il novellato art. 118 Cost. ha conferito ai Comuni le funzioni amministrative, ad eccezione dei casi in cui, per assicurare l'esercizio unitario delle stesse, siano conferite ad altri enti.

³² Cfr. F. CAMPOMORI *Quando la cittadinanza diventa locale: immigrazione e diritti sociali*, 2008, in www.cnca.it. Sul riparto costituzionale delle competenze cfr. C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in E. ROSSI - F. BIONDI DAL MONTE - M. VRENNNA (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 229 ss..

³³ D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osserv. cost.*, 1, 2018, p. 3, osserva che l'obiettivo della riforma fosse proprio quello di "consolidare e rafforzare quell'opzione regionale, in un quadro complessivo di distribuzione delle competenze tra enti territoriali?"; H. SIMONETTI, *Brevi note sulla tutela della salute nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, p. 3; E. GRIGLIO, *L'organizzazione istituzionale per la tutela della salute in ambito regionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., p. 217; F. LIGUORI, *Flessibilità e modelli organizzativi del Servizio Sanitario Nazionale*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, 1, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015.

³⁴ La Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano istituita con D.P.C.M. del 12 ottobre 1983, venne definita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 116 del 1994 come "un'istituzione operante

In applicazione del principio di leale collaborazione si assiste, quindi, alla definitiva stabilizzazione della Conferenza Stato Regioni ed alla sua evoluzione nel cosiddetto sistema delle Conferenze (Conferenza Stato Regioni - Conferenza Stato Città – Conferenza Unificata), per il quale si definisce una tipologia di atti configuranti: pareri con funzione consultiva, accordi e intese invece, con funzione di concertazione. Si determina, quindi, una gestione su base “pattizia” tra i diversi livelli di governo coinvolti; tra le intese rientrano quelle con cui vengono approvati i patti per la salute: si tratta delle intese previste dall’art. 8, comma 6, della legge n. 131 del 2003 (“*il Governo può promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata...*”). Tali intese mirano a favorire l’armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni tra Governo e Regioni ed a garantire l’equilibrio finanziario ed i livelli essenziali delle prestazioni.

Infatti, con la Conferenza Stato - Regioni viene sottoscritto l’Accordo del 20 dicembre 2012, contenente “*Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l’assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome*” che si propone, in primo luogo, di armonizzare le disposizioni dettate in materia nel corso degli anni e, in secondo luogo, di rendere omogenee nelle diverse Regioni le modalità di erogazione dei servizi sociosanitari³⁵. Tuttavia, va osservato che, nonostante il Governo perda il preminente ruolo di organizzatore e gestore dei servizi in seguito alla riforma costituzionale, di fatto continua ad esercitare un profondo condizionamento dell’autonomia regionale, in quanto la fissazione del livello complessivo delle risorse del SSN e la loro ripartizione inter-regionale vengono ancora gestite a livello centrale, coerentemente con il fabbisogno derivante dalla determinazione delle prestazioni essenziali (cd. LEA)³⁶. Pertanto, pur essendo il sistema sanitario ita-

nell’ambito della comunità nazionale come strumento per l’attuazione della cooperazione fra gli stessi?
in www.giurcost.org/decisioni/1994/0116. Con la riforma del d.lgs. n. 281/1997, che ha ridisegnato le funzioni della Conferenza Stato-Regioni, sono stati previsti due nuovi organi collegiali: la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, organo di raccordo tra lo Stato e le autonomie locali, e la c.d. Conferenza unificata), per le materie e i compiti di interesse comune

³⁵ In G.U. serie generale n. 32 del 7 febbraio 2013, S.O. n.9, in www.gazzettaufficiale.it. In tal senso, L. MAZZETTI, *I sistemi sanitari*, op.cit., p.9.

³⁶ F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in amministrazioneincammino.it

liano di tipo decentrato, in ossequio al principio universalistico ed all'obiettivo principale di assicurare la tutela della salute in modo equo ed uniforme su tutto il territorio nazionale³⁷, è sempre lo Stato che decide quali trattamenti rientrino nei LEA, che distribuisce le risorse tra le Regioni, e che ne garantisce il loro finanziamento, anche se è innegabile il ruolo svolto dalle Regioni sul piano operativo, ai fini dell'effettività ed efficacia del servizio erogato³⁸. Difatti, le diversificazioni organizzative e gestionali esistenti fra i servizi sanitari regionali fanno risaltare le carenze che affliggono le Regioni nella gestione regionale della quota di FSN loro destinata, nonché la diversità di trattamento per gli utenti di fruire di un servizio più o meno soddisfacente, riguardo alle prestazioni comprese nei LEA³⁹.

³⁷ Sui Livelli essenziali di assistenza, *amplius*, V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *federalismi.it*, 7, 2018; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *federalismi.it*, 2017; R. BALDUZZI, *Istituzioni e società civile*, Torino, 2009, p. 81 ss.; C. TUBERTINI, *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell'organizzazione del servizio sanitario*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, pp. 433 ss..

³⁸ La legge statale determina annualmente il fabbisogno sanitario nazionale standard, cioè il livello complessivo delle risorse del Servizio sanitario nazionale (SSN) al cui finanziamento concorre lo Stato. Il fabbisogno sanitario nazionale standard è determinato, tramite intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, in coerenza con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria, coerentemente con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA. In sede di determinazione, sono distinte la quota destinata complessivamente alle Regioni a statuto ordinario, e le quote destinate ad enti diversi dalle Regioni. Attraverso l'introduzione del regime dei cd. costi standard il legislatore ha mirato al miglioramento della qualità delle procedure di acquisto sino a prevedere modalità di esternalizzazione dei servizi sanitari, sempre garantendo i LEA su tutto il territorio nazionale. Il D.P.C.M. del 29 novembre 2001, definiva le prestazioni di assistenza sanitaria garantite dal SSN, cioè i Livelli essenziali di assistenza (LEA), come previsti dal classificatore e nomenclatore delle prestazioni sanitarie. Con D.P.C.M. del 12 gennaio 2017, i LEA originariamente definiti dal succitato D.P.C.M., sono stati aggiornati mediante l'inserimento del nomenclatore di prestazioni sanitarie adeguate alle profonde innovazioni tecnologiche verificatesi nel mondo sanitario. Con l'aggiornamento dei LEA, è stato ritenuto altresì, necessario adeguare il sistema di garanzie per il raggiungimento in ciascuna Regione degli obiettivi di tutela della salute perseguiti dal Servizio sanitario nazionale di cui all'art. 9 del D.lgs. n. 56/2000 per la verifica dell'assistenza sanitaria effettivamente erogata, mediante il Decreto del Ministero della salute del 12 marzo 2019 per il monitoraggio dell'efficienza ed appropriatezza organizzativa, clinica e di sicurezza delle cure.

³⁹ Cfr. L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finalizzata*, in www.federalismi.it.

Effetto che si avverte in misura ancor maggiore nell'offerta di ulteriori prestazioni o servizi aggiuntivi previsti dalle diverse normative regionali, tanto da mettere in dubbio la realizzazione dell'uniformità voluta dall'art. 117 Cost.⁴⁰. Disuniformità derivanti da molteplici cause: in primo luogo, per normative generate dal potere regionale di legiferare su ogni aspetto (o quasi) dell'organizzazione dei servizi sanitari; per l'esistenza di differenti modelli organizzativi dei servizi sanitari a livello regionale nella rete territoriale, con la conseguenza di creare strutture disomogenee e diverse relazioni tra soggetti pubblici e privati; per situazioni economico-finanziarie fortemente disomogenee, prodotto della mancanza di regole chiare sulla gestione dei bilanci regionali; della carenza di risorse strutturali e concentrazione dei disavanzi, che soprattutto nelle Regioni meridionali (quasi tutte soggette a piani di rientro) costituiscono fattori di impedimento di politiche di modernizzazione dell'assistenza sanitaria nelle Regioni meridionali⁴¹.

2. Tutela della salute e immigrazione

Il fenomeno migratorio è molto complesso, multifattoriale, dinamico e strutturale; anche il profilo della salute in questo contesto risulta, inevitabilmente, condizionato dal diverso peso che alcune determinanti sociali assumono nelle fasi di accoglienza e successivamente di inserimento/integrazione. Questa situazione di disuguaglianze che si crea non solo tra classi sociali, ma anche a livello territoriale, rappresenta una delle prime criticità rispetto all'obiettivo di garantire uniformità ed effettività del diritto al salute su tutto il territorio nazionale. Le disuguaglianze in materia di salute costituiscono una questione di grande rilevanza sociale, che impone una

gruppodipisa.it.

⁴⁰ V. ANTONELLI, *Regionalismo sanitario. Verso una sanità a macchia di leopardo?*, in *Il Sole 24 Ore Sanità*, 13 febbraio 2019; D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà*, in www.amministrazioneincammino.it; Osservatorio nazionale sulla salute nelle Regioni italiane. Rapporto Osservasalute 2017, in www.quotidianosanità, 2018

⁴¹ R. BALDUZZI (a cura di) *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Il Mulino, 2012; E. INNOCENTI, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell'art.119 Cost.*, in *Le Regioni*, n.3 del 2008, p.600; F. TARONI, *Salute, sanità e Regioni in un Servizio sanitario nazionale, L'Italia e le sue Regioni (2015)*, in www.treccani.it.

riflessione sulla necessità di prevedere degli strumenti perequativi, che consentano di dare effettiva attuazione al precetto costituzionale di cui all'art. 117, co. 2, lett. m)⁴².

Criticità che, come vedremo, si accentuano in relazione agli immigrati, poiché il processo di globalizzazione, ed in particolare, l'aumento dei flussi migratori evidenziano il formarsi di nuove disuguaglianze anche nei paesi della Unione europea. Inoltre, la condizione di salute degli immigrati deve essere necessariamente inquadrata nella cornice più ampia delle disuguaglianze presenti nel nostro Paese, ossia di status giuridico, di razza, di reddito, di genere⁴³.

Di fronte a situazioni di povertà, oramai strutturali e sopravvenute, attualizzate dalla presenza degli immigrati, oltremodo bisognosi di assistenza sociosanitaria, si rende necessaria la previsione di indicatori correttivi da calcolare sui costi standard per la determinazione dei fabbisogni standard delle Regioni più bisognose, sotto il profilo della precarietà geo-morfologica e della composizione demografica, e afflitte da rilevante povertà sociale.

Come rilevato in dottrina, nell'esaminare la disciplina vigente in materia, la prima impressione è di trovarsi di fronte ad *“un mosaico normativo variegato e complesso, che si articola tra norme costituzionali, norme*

⁴² G. BERNABEI *Il ruolo della perequazione nel sistema multilivello di finanza locale*, in *Federalismi.it*, 20, 2018.; E. GRANAGLIA, *Equità orizzontale in un contesto di federalismo sanitario: implicazioni dalla prospettiva della giustizia distributiva*, in *Politiche sanitarie*, 1, 2008, pp. 5 e ss.

⁴³ Cfr. C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution. Diritti, identità: la tutela della salute fra asimmetrie d'esigenze di uniformità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spunti in tema di diritto alla salute e immigrazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, 2009, op.cit.; A. GENOVA, *Le disuguaglianze nella salute*, Roma, 2008; Rapporto 2018 sulla salute dei rifugiati e dei migranti in Europa, <https://welforum.it>; Relazione sulle disuguaglianze sanitarie nell'UE; in https://ec.europa.eu/health/social_determinants/overview.it; Osservatorio Epidemiologico Nazionale per l'Equità nella Salute (OENES) in www.inmp.it; Osservatorio romano sulle migrazioni, Quattordicesimo Rapporto (2019) a cura del Centro studi e ricerche Idos in collaborazione con l'Istituto di studi politici S. Pio V in www.epicentro.iss.it. Gli studi relativi alle disuguaglianze di salute evidenziano l'influenza della variabile socioeconomica e della variabile ambientale in rapporto alle disuguaglianze di salute, osservando che nelle aree con più alta concentrazione di gruppi etnici corrispondono livelli di servizi e condizioni ambientali più bassi. Anche per i migranti le condizioni di salute e di malattia hanno carattere sociale, essendo strettamente collegate alle condizioni di lavoro precarie, al disagio abitativo, all'esclusione sociale.

*legislative e degli atti aventi forza di legge, ma si snoda altresì tra norme di rango secondario e terziario*⁴⁴, in costante tensione fra l'esigenza del rispetto dei principi di solidarietà umana, e quindi, dei diritti fondamentali di ogni persona e l'esigenza di tutelare la sicurezza pubblica e di costruire un sistema di accoglienza ed integrazione sostenibili sia dal punto di vista sociale che economico. Questa tensione è particolarmente sentita in Italia in quanto punto di arrivo di un cospicuo numero di stranieri, con eterogenei status giuridici; fenomeno migratorio accelerato dalla sfavorevole congiuntura economica internazionale oltre che da fattori ambientali⁴⁵.

Si comprende, quindi, come al di là della drammatica connotazione umanitaria, il fenomeno migratorio costituisca uno dei grandi temi dell'attuale dibattito culturale ed investa differenti settori: sociale, politico, giuridico ed economico. Esso è anche divenuto terreno di scontro istituzionale tra Regioni e governo, come se la politica per l'immigrazione costituisse un terreno di riconoscimento e consenso politico e di appartenenza ideologico culturale⁴⁶. Inoltre, questi elementi, seppur sinteticamente delineati, evidenziano la trasformazione della società pluralistica in una società basata sull'individuo, con le proprie tradizioni culturali, sociali e religiose.

Da qui la necessità di esaminare gli effetti del multiculturalismo in un modello sociale sostenibile e pluralista, all'interno del quale poter gestire il fenomeno migratorio anche sotto il profilo socio sanitario⁴⁷, e di affrontare il fenomeno migratorio non in termini

⁴⁴ In tal senso L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in www.rivistaaic.it, n.1, pp.1-26, 2018; G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in www.questionegiustizia.it, sottolinea che in nome del multiculturalismo non si possono giustificare pratiche lesive della dignità della persona.

⁴⁵ È stato evidenziato che la Costituzione italiana all'art. 35 riconosce la libertà di emigrare ma non anche quello di immigrare; così si afferma il diritto di cercare asilo ma non quello di ottenerlo. Sul diritto di asilo viene in soccorso l'art. 10, c.3 della Costituzione secondo cui *"lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge"*.

⁴⁶ Così P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. PANZERA - A. RAUTI - C. SALAZAR - A. SPADARO, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*. Atti del Convegno internazionale di studi Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p.99.

⁴⁷ Sull'incidenza del multiculturalismo sulla richiesta di prestazioni sanitarie conformi ai diversi orientamenti, si v. L. CHIEFFI (a cura di), *Il multiculturalismo nel dibattito bio-etico*, Giappichelli, 2005, pp. 9 ss.; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in Consulta on line, 2011.

di chiusura o di restrizioni, poiché politiche migratorie restrittive costituiscono solo un ostacolo allo sviluppo delle potenzialità umane⁴⁸.

In questa prospettiva, la doverosità dell'amministrazione pubblica sanitaria e le mutate responsabilità in tema di organizzazione dei servizi sociosanitari, alla luce dei vincoli finanziari esistenti, impongono un ripensamento sulla trasformazione del concetto di salute e sulla necessità di una diversa cultura dell'organizzazione del sistema sanitario adeguato alle intervenute trasformazioni. La salute non è semplice assenza di malattia, ma un processo costituito da molteplici dimensioni che vanno dalla sfera dei diritti a quella delle relazioni sociali, in un'ottica di salute che nell'epoca della globalizzazione non deve certamente sfuggirci.

Salute e migrazione sono due fenomeni globali rispetto ai quali l'UE dovrebbe assumere un ruolo guida nell'elaborazione di politiche idonee ad assicurare migliore salute per tutti, pur restando l'organizzazione del sistema sanitario tra le competenze degli Stati nazionali, eventualmente condivise con i governi regionali e locali a seconda degli ordinamenti costituzionali⁴⁹.

3. Analisi dei fattori che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari

Nel corso degli ultimi anni, il tema della salute del popolo migrante sta avendo un interesse crescente a livello internazionale, sia da un punto di vista etico-giuridico sia da un punto di vista tecnico-scientifico. Va evidenziato che i dati sull'utilizzo dei servizi sanitari da parte degli immigrati in Italia sono piuttosto scarsi⁵⁰, ma le ricerche eviden-

⁴⁸ Tuttavia, avendo la Costituzione valenza programmatica, è solo a partire dalla riforma del sistema sanitario del 1978 che gli stranieri sono stati progressivamente inclusi nei percorsi dei diritti e dei doveri per quanto attiene la tutela sanitaria.

⁴⁹ F. OLIVERI (a cura di), *Le migrazioni nei processi di globalizzazione. Una conversazione con Saskia Sassen*, Jura Gentium, 2008, <https://www.juragentium.org/topics/migrant/it/oliveri.htm>. Dello stesso A., *Il diritto alla salute dei migranti alla luce della CEDU*, in www.europeanrights.eu.

⁵⁰ Istat, "Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo" edizione 2019, in <https://istat.it.archivio/immigrati>; nonché www.integrazionemigranti.gov.it; Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Dati asilo 2015-2016, <http://libertaciviliimmigrazione.dlct.interno.gov>; *Immigrazione e asilo, dati statistici*, a cura del Servizio studi del Senato, <https://www.senato.it/srvce/PDF/PDFserver/BGT/01074392.pdf>, si veda anche <https://www.interno.gov.it.datiestatistiche>.

ziano che gli stranieri incontrano numerosi ostacoli nell'accedere alle cure, in particolar modo per i programmi di prevenzione. Molteplici fattori impediscono agli immigrati l'accesso a trattamenti adeguati. In primo luogo, per le barriere giuridiche che incontra chi richiede la cittadinanza (si pensi al caso degli immigrati senza documenti). Di poi, gli ostacoli culturali, che non sono meno rilevanti: la gestione del momento assistenziale può essere critica in ragione delle differenze linguistiche, mentre per alcune donne immigrate è la mancanza di medici di sesso femminile a determinare il mancato accesso alle cure sanitarie. Inoltre, l'antropologia medica ha dimostrato che le categorie e i concetti utilizzati dagli immigrati per spiegare i propri problemi di salute differiscono significativamente da quelli di matrice occidentale. Spesso le stesse istituzioni sanitarie identificano gli immigrati come soggetti particolarmente a rischio di esclusione sociale e, conseguentemente, di marginalizzazione nell'accesso ai servizi sanitari. Tuttavia, nonostante l'acquisizione di tale consapevolezza, la definizione degli elementi che concorrono alla determinazione di queste condizioni non è del tutto chiara, a causa della molteplicità e della concomitanza dei fattori che entrano in gioco. In particolare, partendo dalle considerazioni emerse nelle analisi del fenomeno, e degli elementi che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari, risulta difficile individuare soluzioni orientate al superamento di tali problematiche a livello locale e nazionale, che possano tradursi in *policies* sostenibili e contemporaneamente efficaci.

I principali fattori che ostacolano l'accesso ai servizi sanitari possono essere raggruppati in tre aree tematiche principali: barriere legislative, barriere culturali e barriere economiche. All'interno di ciascuna di esse emergono elementi da tenere in considerazione per la diagnosi finale e l'individuazione di soluzioni possibili. Da un punto di vista normativo, le politiche sanitarie per la tutela della salute degli immigrati e dei rifugiati in Italia sono di origine abbastanza recente.

In Italia la prima disciplina in materia avente carattere organico è rappresentata dalla c.d. Legge Martelli (l. 28 febbraio 1990, n. 39, che convertiva il d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, recante "*Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*")⁵¹. Questa logica emergenziale viene abban-

⁵¹ Va ricordato che nei confronti degli stranieri, la legge 12 febbraio 1968 n. 132 (cd. legge Mariotti) sugli "Enti ospedalieri e l'assistenza ospedaliera" (G.U. n. 68 del 12

donata nel 1998, quando la tutela delle persone non appartenenti alla UE e non in regola con le norme in materia di soggiorno viene regolamentata dalla l. n. 40 (cd. legge Turco-Napolitano), recante la “*Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, successivamente confluita nel Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e s.m.).

Obiettivi principali della l. n. 40/1998 erano quelli di programmare gli ingressi regolari, stabilire percorsi di integrazione degli stranieri regolarmente residenti sul territorio dello Stato e contrastare l’immigrazione irregolare. In particolare, l’intento era quello di assicurare al migrante “regolare” un sistema di garanzie di tutela sanitaria a parità di condizioni con il cittadino italiano, così come sancito dall’art. 2, co. 1, Cost.⁵².

Conferma di tale orientamento solidaristico si rinviene anche nell’art. 2, co. 1, del T.U., secondo cui “*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*”. Ed in coerenza con il principio di solidarietà affermato dall’art. 2 Cost., l’art. 12 T.U.I., prevedendo che “*non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato*”, riconosce l’assistenza sanitaria essenziale anche a chi è in situazione di irregolarità⁵³.

Nel corso degli anni, sono intervenute numerose modifiche al T.U.I.⁵⁴, tra cui quelle apportate dalla l. n.189/2002 (cd. Legge Bos-

marzo1968) all’art.1, c.1 prevedeva che “*L’assistenza ospedaliera pubblica è svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente degli enti ospedalieri?*”. Successivamente la legge n. 833/77 riconoscerà agli stranieri l’accesso a tutte le prestazioni erogate dal SSN a condizione dell’esistenza di specifici accordi tra gli Stati in materia. Con la legge n. 943/1986, nel recepire la Convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975, sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, verrà prevista l’estensione ai familiari degli stessi diritti riconosciuti allo straniero.

⁵² La Corte costituzionale con la sentenza n.104/1969 ha affermato la sua estensione anche agli stranieri, “*allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità all’ordinamento internazionale*”.

⁵³ S. GAMBINO, *Crisi economica e diritti sociali (con particolare riguardo al diritto alla salute, all’assistenza sociale e all’istruzione)*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, p. 72.

⁵⁴ Norme regolamentari, di attuazione del Testo unico, sono contenute nel d.P.R.

si-Fini)⁵⁵ e dal d.l. n. 113 del 2018⁵⁶, che, tuttavia, non hanno alterato l'impianto complessivo⁵⁷.

Da ultimo, il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, cd. Decreto sicurezza *bis* (conv. con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019 n. 77), recante “*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*”, sotto il gene-

31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, emanato in attuazione della l. n. 189/2002 e dalla Circolare del Ministero della Sanità n. 5 del marzo 2000.

⁵⁵ La legge n. 189 del 30 luglio 2002, cd. Bossi – Fini, “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*”, influisce notevolmente sulla materia d’asilo, modificandone alcune procedure. Sempre in materia d’asilo, introduce la protezione umanitaria per coloro i quali, pur non rientrando nella definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, necessitano di una forma di protezione sussidiaria poiché in fuga da guerre o da violenze generalizzate; e prevede l’istituzione del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo per il consolidamento delle attività di assistenza e protezione a sostegno dei richiedenti asilo e rifugiati, già avviate con successo nel 2001 nell’ambito del Programma Nazionale Asilo (PNA).

⁵⁶ Convertito con modificazioni, dalla legge 1 dicembre 2018, n.13, che ha modificato il T.U.I. introducendo fra l’altro, il permesso di soggiorno per cure mediche.

⁵⁷ Negli anni 2008-2011 con la legge 24 luglio 2008, n. 125 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*) si riprese una politica dell’immigrazione restrittiva, confermata dal d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 160, con il quale vennero modificate in senso restrittivo le precedenti disposizioni sul ricongiungimento familiare disciplinate dal d.lgs. n.5/2007 e dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*).

Impostazione restrittiva successivamente mitigata dalle modifiche introdotte dalla l. 2 agosto 2011 n. 129 (di conversione del d.l. 23 giugno 2011 n. 89, *Disposizioni concernenti il trattenimento e l’espulsione degli stranieri*) in attuazione alla normativa dell’Unione europea (c.d. Direttiva rimpatri 2008/115/CE).

Successivamente, il d.lgs. 28 giugno 2012, n. 108, ha recepito la direttiva 2009/50/CE sui lavoratori altamente qualificati, mentre il d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109 ha recepito la direttiva 2009/52/CE sulle sanzioni ai datori di lavoro che impiegano stranieri irregolari, e la l. 6 agosto 2013, n. 97 ha reso possibile l’accesso al pubblico impiego per i familiari extra-UE di cittadini UE aventi diritto di soggiorno o di soggiorno permanente, per i lungo-soggiornanti e per i beneficiari di protezione internazionale. La direttiva 2011/24/UE, concernente l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera, è stata recepita anni dopo, con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 38, entrato in vigore il 5 aprile 2014 (la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia dei diritti dei pazienti, ha dettato disposizioni concernenti l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera, definendo sia le condizioni per cui un paziente può recarsi in un altro paese dell’UE per ricevere cure mediche che le condizioni per il rimborso delle spese).

Infine, il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 40, ha recepito la direttiva 2011/98/UE sul procedimento unico per il rilascio di un permesso di soggiorno e di lavoro e un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi.

rico tema della “sicurezza” cela un coacervo di norme assai eterogenee tra loro⁵⁸.

Il T.U.I. interviene nel disciplinare il fenomeno migratorio extra UE nel suo complesso, attraverso la definizione delle regole di ingresso, soggiorno, controllo, stabilizzazione dei migranti e repressione delle violazioni a tali regole, nonché il pieno riconoscimento dei diritti civili, sociali e politici volti all'integrazione degli stranieri regolari⁵⁹. Nel dettaglio, al Titolo V, capo I agli artt. 34- 36 contiene precise disposizioni in materia sanitaria.

L'art. 34 del T.U.I. rubricato “*Assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale*” afferma la parità nei diritti e nei doveri degli stranieri con i cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza sanitaria erogata in Italia dal SSN ed alla sua validità temporale (1 co.). In particolare, il succitato articolo distingue le ipotesi in cui l'iscrizione al SSN è obbligatoria (commi 1 e 2) da quelle in cui è facoltativa (commi 3, 4, 5 e 6)⁶⁰.

Infatti, i commi 1 e 2 affermano l'obbligatorietà di iscrizione, prevedendo le modalità dell'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale dei seguenti soggetti: a) stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento; b) stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, lavoro autonomo, motivi familiari, asilo politico, asilo umanitario, richiesta di asilo, attesa adozione, affidamento, acquisto della cittadinanza. Invece i commi da 3 a 6 prevedono le ipotesi in cui lo straniero che non si trovi nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2 possa richiedere l'iscrizione facoltativa

⁵⁸ Il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 si articola in tre aree: a) contrasto all'immigrazione illegale, b) potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza; c) contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive

⁵⁹ La condizione giuridica degli stranieri cittadini di stati membri dell'Unione europea è stata disciplinata con il decreto legislativo 30/2007 sempre di derivazione comunitaria (dir. 2004/38/CE).

⁶⁰ *Amplius*, Nota Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, 16 aprile 2009 n. DGRUERI/VI/I.3.b.a/8489/P: “*Assistenza sanitaria in Italia ai titolari di permesso di soggiorno che svolgono regolare attività lavorativa*”; Circ. Ministero della salute, 17 aprile 2007, n. DGRUERI/VI/I.3.b.a/5719/P: “*Chiarimenti in materia di assistenza sanitaria ai cittadini extracomunitari a seguito delle recenti direttive emanate dal Ministero dell'interno*”; Circ. Ministero della salute, 24 marzo 2000 n. 5: “*Indicazioni applicative del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” - Disposizioni in materia di assistenza sanitaria*”.

al SSN, tenuto conto di quanto previsto dal co. 6 dell'art. 42 del D.P.R. 394/1999.

L'art. 35 del D. lgs. 286/1998 ed il relativo art. 43 del Regolamento di attuazione (D.P.R. 394/1999) disciplinano l'erogazione delle prestazioni sanitarie sia agli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, non tenuti all'iscrizione obbligatoria né iscritti volontariamente al SSN, sia agli stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno (stranieri con permesso di soggiorno scaduto, clandestini)⁶¹.

Attraverso questa disposizione viene sancito il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria per i cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, con l'obiettivo dichiarato di includere a pieno titolo anche i rifugiati e gli immigrati in condizione di irregolarità giuridica, garantendo loro le prestazioni ospedaliere urgenti (in via ambulatoriale, in regime di ricovero o di day hospital), per le quali devono essere corrisposte le relative tariffe al momento della dimissione, e le prestazioni sanitarie di elezione previo pagamento delle relative tariffe⁶².

Invece, l'art. 35, commi 3, 4, 5⁶³ e 6, del D.lgs in esame e l'art. 43, commi 2, 3, 4, 5 e 8, del D.P.R. 394/1999 regolano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, assicurando, nelle strutture pubbliche e private accreditate del SSN, una serie di prestazioni sanitarie specificatamente elencate, fra le quali cure

⁶¹ Sulla inespellibilità anche temporanea dello straniero irregolare cfr. Cass. civ., Sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1531, in *Foro it.*, 2008, 9, 1, 2589; Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2006, n. 20561, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass. civ., Sez. I, 27 gennaio 2005, n. 1690, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

⁶² Per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute. Sono invece, considerate cure essenziali le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita, per complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti (si veda da ultimo il D.P.C.M. del 12 gennaio 2017, avente ad oggetto la definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza).

⁶³ In riferimento all'art. 35, comma 5, si v. Circ. Ministero dell'Interno, 23-12-2009 n. 8306: "*Assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al servizio sanitario nazionale. Divieto di segnalazione degli stranieri non in regola con le norme sul soggiorno*". - Circ. Ministero dell'Interno, 27-11-2009 n. 12/09: "*Assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al servizio sanitario nazionale. Divieto di segnalazione degli stranieri non in regola con le norme sul soggiorno. Sussistenza*". - Circ. Ministero dell'interno, 9-2-2007, n. 553: "*Assistenza sanitaria ai cittadini provenienti dai nuovi paesi in ingresso nell'Unione Europea: Romania e Bulgaria*".

ambulatoriali ed ospedaliere, urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio o interventi di medicina preventiva, tutela della gravidanza e della maternità⁶⁴. Il legislatore per le prestazioni di cui al co. 3 dispone che esse sono “*erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani*”.

Allo straniero non in regola con le norme in materia di soggiorno, all’atto dell’iscrizione viene rilasciato un codice identificativo regionale denominato STP (straniero temporaneamente presente), valido sei mesi e rinnovabile in caso di permanenza dello straniero in Italia. Inoltre, al fine di non ostacolare l’accesso dell’immigrato irregolare alle strutture sanitarie, l’art. 35, al co. 5, contiene il divieto, da parte delle strutture sanitarie, di segnalazione all’autorità di polizia della presenza di immigrati senza permesso di soggiorno che richiedano aiuto medico, salvo i casi in cui, a parità di condizioni con il cittadino italiano vi sia l’obbligo di referto⁶⁵.

L’art. 36 del T.U.I. e l’art. 44 del d.P.R. n. 394/99, Regolamento di attuazione al Testo Unico sull’Immigrazione, disciplinano l’ingresso e il soggiorno in Italia per cure mediche dell’immigrato, prevedendo tre distinte fattispecie: 1) straniero che chieda il visto di ingresso per motivo di cure mediche; 2) straniero che venga trasferito per cure in Italia nell’ambito di interventi umanitari, ai sensi dell’art. 12, comma 2, lettera c), del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, così come modificato dal D.Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517; 3) straniero che venga trasferito in Italia nell’ambito di programmi di intervento umanitario delle Regioni, ai sensi dell’art. 32, comma 15, della L. 27 dicembre 1997, n. 449. Tale tipo di permesso (permesso di soggiorno per cure mediche) ha una durata pari a quella del trattamento terapeutico ed è rinnovabile finché durano le necessità terapeutiche documentate. La giurisprudenza, con orientamento consolidato, ritiene che “*il permesso di soggiorno per cure mediche ex art. 36 del D. Lgs. 286/1998 (T.U. immigrazione) costituisce un’autorizzazione speciale con cui, onde raccordare la disciplina dell’immigrazione ai principi espressi in materia di tutela della salute di tutti gli individui dall’art. 32 Cost., si consente allo straniero di restare in*

⁶⁴ Sul diritto alla salute dell’immigrato irregolare con riferimento all’art. 35 co. 3 T.U.I. Cfr. T.A.R. Umbria Perugia, Sez. I, 13 novembre 2012, n. 489, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 13 maggio 2010, n. 4522, in www.altalex.com; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 30 maggio 2008, n. 1902; T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 12 maggio 2008, n. 1303, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Cfr. Circolare del Ministero dell’Interno n.12 del 27.11.2009 prot. 780/A7.

*Italia al solo fine di ricevere le cure urgenti o essenziali di cui necessita in relazione alle sue condizioni di salute. Si tratta, pertanto, di un atto di carattere eccezionale e contingente che non estingue gli effetti della precedente espulsione amministrativa, ma determina solo uno status di temporanea non espellibilità dello straniero immigrato irregolarmente, finché permangono le esigenze del trattamento terapeutico*⁶⁶.

In tal modo vengono introdotti, da un punto di vista normativo, principi di equità relativamente all'accesso all'assistenza sanitaria, eliminando quelli che in passato costituivano i principali ostacoli e cioè, residenza, limite temporale, aliquote diversificate per l'iscrizione al SSN.

Ad ogni modo, pur essendo la politica sull'immigrazione dettata a livello nazionale e dalle raccomandazioni al livello europeo, a seguito del ruolo crescente assunto dalle amministrazioni locali e dalla loro discrezionalità nell'incrementare e rendere operative le politiche socio-sanitarie per gli stranieri è emersa una disuniformità nella sua applicazione sul territorio, legata al processo di decentramento amministrativo e politico dell'offerta sanitaria che risulta del tutto inadeguata soprattutto per quanto concerne le disposizioni che regolano l'accesso ai servizi sanitari per gli immigrati anche irregolari e rifugiati.

Dall'analisi dei dati ciò che emerge è che l'offerta dei servizi può essere molto diversa tra Regione e Regione e con particolari criticità nei territori meridionali, dove si riscontra un livello minimo di impatto delle politiche sanitarie per gli immigrati⁶⁷, a fronte dell'esigenza di adottare efficaci misure di prevenzione e controllo tra i migranti e i rifugiati.

⁶⁶ Cfr. T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 13 giugno 2012, n. 823, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 22 dicembre 2006, n. 3318, in Ragusan, 2007, pp. 277-278.

⁶⁷ L'Istituto Nazionale Salute Migrazioni e Povertà in collaborazione con l'Istituto Superiore di Sanità e la Società Italiana di Medicina delle Migrazioni ha avviato uno specifico Programma "Linee guida sulla tutela della salute e l'assistenza socio-sanitaria alle popolazioni migranti" finalizzato alla elaborazione di linee guida clinico-organizzative sulla tutela della salute e l'assistenza socio-sanitaria alle popolazioni migranti coinvolgendo i referenti regionali della ReNIP (Rete Nazionale per le problematiche di assistenza in campo socio-sanitario legate alle popolazioni migranti e alle povertà, coordinata dall'INMP), e le unità territoriali della SIMM (GrIS), in rappresentanza degli operatori dei servizi socio-sanitari. Si v. S.I.M.M. (Società Italiana di Medicina delle Migrazioni). Questa pubblicazione si concentra sui controlli che, sulla base delle evidenze disponibili, sono attualmente raccomandati all'arrivo (precisando, come la metodologia delle L.G prevede, la forza di ciascuna raccomandazione) si v. www.mmweb.it/882.

Al fine di superare questa eterogeneità applicativa e di assicurare parità di trattamento tra i cittadini italiani e migranti, uniformando la normativa esistente, il 20 dicembre 2012 è stato sottoscritto l'Accordo Stato - Regioni e Province autonome recante "*Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome*", creando così, il presupposto per un'effettiva concretizzazione di quanto sancito dall'art. 32 Cost.⁶⁸.

E considerato che l'art. 32 Cost. ribadisce la centralità della tutela della salute per ogni individuo presente nel territorio italiano, come diritto fondamentale della persona, oltre che interesse della collettività si è affermata la necessità di adottare misure non solo di salvaguardia della salute individuale, ma anche di sorveglianza e prevenzione richieste dal regolamento sanitario internazionale⁶⁹.

Tra le innovazioni più significative contenute in questo accordo è previsto che i richiedenti protezione internazionale debbano essere iscritti al Servizio sanitario anche durante il periodo in cui sono in attesa del permesso di soggiorno; così come è prevista l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Regionale (SSR) del minore comunque presente sul territorio, anche se privo di permesso di soggiorno, in condizioni di parità con il minore italiano. Per gli immigrati che trovandosi in condizione di marginalità e grave indigenza legata a situazioni di irregolarità giuridica, non hanno i titoli per accedere ai servizi sanitari è prevista l'esenzione ticket e l'attivazione di campagne di vaccinazione, interventi di profilassi, diagnosi e cura delle malattie infettive⁷⁰.

Al fine di fronteggiare il flusso non programmato di cittadini extra-

⁶⁸ L'Accordo sottoscritto il 20 dicembre 2012 (nota Atti n.255/CSR), risulta essere un efficace strumento di orientamento legislativo poichè raccoglie non solo le numerose indicazioni normative italiane e regionali relative all'assistenza sanitaria agli immigrati in quanto tali, ma coglie anche i principi ispiratori di tali normative e delle direttive europee.

⁶⁹ Il Regolamento Sanitario internazionale (RSI), International Health Regulation (IHR) è stato adottato dalla 58° Assemblea Mondiale della Sanità nel maggio 2005, ed è entrato in vigore il 15 giugno 2007, è uno strumento giuridico internazionale per quello che concerne la notifica delle malattie e la comunicazione da e con l'OMS. Il principio ispiratore è quello di prevenire la diffusione internazionale di malattie, attraverso un sistema di individuazione precoce di eventi che possano costituire una emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale in modo da garantire la massima sicurezza contro la diffusione internazionale delle malattie.

⁷⁰ Tra le prestazioni essenziali da garantire a tutte le persone, insieme a quelle urgenti, rientra anche l'assistenza farmaceutica

comunitari, con l’Intesa n. 77/CU del 10 luglio 2014 tra Governo, Regioni ed Enti locali viene affermato il principio secondo il quale, con spirito di leale e solidale collaborazione, tutte le istituzioni coinvolte si impegnano responsabilmente ad affrontare la situazione legata al flusso non programmato di cittadini extracomunitari con l’adozione del Piano nazionale per fronteggiare tale situazione emergenziale⁷¹.

Il Piano nazionale di integrazione dei titolari di protezione internazionale si pone l’obiettivo di promuovere la convivenza con i cittadini italiani nel rispetto dei valori costituzionali e con il reciproco impegno a partecipare all’economia, alla vita sociale e alla cultura dell’Italia; di concorrere al raggiungimento dell’autonomia personale dei destinatari del Piano; di ottimizzare le risorse economiche per evitare la duplicazione e superare le settorialità della programmazione degli interventi. In questa ottica, attualmente e sino al 2020 è in corso a livello nazionale con il coordinamento del Ministero della Salute un Progetto FAMI dal titolo ‘*FOOTPRINTS: Formazione operatori di sanità pubblica per la definizione di piani regionali di coordinamento per la salute dei migranti e la realizzazione di comunità di pratica*’, finalizzato a superare le frammentazioni esistenti a livello locale e regionale ed a creare le condizioni più favorevoli a che le Regioni e Province autonome italiane adottino piani di intervento omogenei che includano i documenti tecnico-organizzativi attualmente disponibili⁷² individuando un modello formativo uniforme sul territorio nazionale per il coordinamento degli aspetti di salute pubblica riguardanti i migranti⁷³. L’obiettivo è quello di incrementare le conoscenze e competenze del personale sociosanitario e di creare un format di

⁷¹ Costituiscono indirizzi e linee guida nazionali per il settore sanitario il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 gennaio 2017, “*Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, co. 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502*”; il Decreto Ministeriale 3 aprile 2017, “*Linee Guida per ... assistenza e riabilitazione dei rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza*”; la legge 7 aprile 2017, n. 47 “*Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*” e la Linea Guida “*I controlli alla frontiera. La frontiera dei controlli. Controlli sanitari all’arrivo e percorsi di tutela per i migranti ospiti nei centri di accoglienza*”.

⁷² Tra cui la *Linea guida dei controlli all’arrivo*.

⁷³ Progetto Footprints (Formazione Operatori di sanità pubblica per la definizione di Piani Regionali di coordinamento per la Salute dei migranti e la realizzazione di comunità di pratica). <https://progettofootprints.it/>. Il progetto prevede la formazione di referenti regionali e operatori socio-sanitari, il supporto ai processi locali di implementazione delle linee guida e raccomandazioni nazionali e la creazione di comunità di pratica per favorire un confronto tra referenti regionali.

riferimento nazionale per la redazione di documenti regionali di coordinamento per la salute dei migranti anche attraverso una piattaforma web-based accessibile dagli operatori.

Altri progetti in corso, sempre rivolti alle emergenza migranti, sono il Progetto SAVE - Support Actions for Vulnerability emergence - negli hotspots (ISF - Fondi emergenziali) finalizzato all'accertamento dell'età MSNA, con idonea *equipe* multidisciplinare; al rafforzamento delle competenze dell'*equipe* sanitaria dell'ente gestore con l'aggiunta dell'assistente sociale, per l'individuazione delle vulnerabilità; alla registrazione dei dati sanitari e sociali per un appropriato percorso e continuità delle cure dei soggetti vulnerabili⁷⁴ ed il Progetto Rafforzamento servizi territoriali e percorsi di assistenza per rifugiati vulnerabili (FAMI Misure emergenziali per il territorio)⁷⁵.

Abbiamo visto che molti sono i fattori che condizionano il profilo di salute dei migranti ed ostacolano l'accesso ai servizi sanitari. Oltre a barriere di tipo giuridico, possibili barriere nella fruibilità dei servizi sociosanitari sono legate ad aspetti culturali. Tra condizioni sanitarie e condizioni sociali degli immigrati intercorre una strettissima correlazione, al punto che lo stesso Servizio Sanitario Nazionale si delinea come un'istituzione che si pone l'obiettivo di rendere operativa la mediazione culturale⁷⁶. Molti migranti hanno difficoltà oltre che nell'accesso alle cure e della corretta fruizione dei servizi essenziali, anche di natura psicofisica dovuto allo stress emozionale a cui sono sottoposti nell'arrivare in un nuovo paese.

Significativi ostacoli nell'accesso ai servizi sociosanitari sono anche di tipo linguistico, comunicativo e, in generale relazionale, che vengono amplificati nell'ambito assistenziale dei soggetti in condizione di maggiore fragilità sociale. Difficoltà comunicative a cui si unisce

⁷⁴ Al Progetto SAVE partecipano il Ministero dell'Interno (coordinatore), Ministero della Salute, INMP, Regione Siciliana, Regione Puglia, Regione Calabria, FNAS (ass. sociali).

⁷⁵ Il Progetto FAMI coinvolge le Regioni Emilia Romagna (capofila), Lazio, Sicilia, Liguria, Toscana, FVG; Marche, Valle d'Aosta e si propone di rafforzare la capacità dei servizi territoriali di identificare e prendere in carico adeguatamente titolari di protezione internazionale colpiti da vulnerabilità specifiche (donne in stato di gravidanza, vittime di tratta, torture e violenze) e di far fronte alle loro esigenze di assistenza sanitaria, implementando le "Linee guida sull'assistenza, la riabilitazione e il trattamento dei rifugiati e delle persone che sono state vittime di torture, stupri o altre gravi forme di violenza" e le "Linee guida sui controlli sanitari sui percorsi di arrivo e protezione per i migranti nei centri di accoglienza".

⁷⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 445.

una carenza conoscitiva che ostacola l'accesso ai servizi da parte degli utenti spesso ignari di quali siano i loro diritti e di quali siano le strutture alle quali potersi rivolgere per ricevere assistenza.

Ciò pone l'accento su come i concetti di salute, malattia, cura siano fortemente condizionati dalla cultura d'appartenenza dei paesi di provenienza, dove esistono concezioni alquanto diverse in materia di salute e malattia legate all'esperienza di vita individuale. Conseguentemente, gli immigrati che si trovano a interagire con gli operatori del SSN molto spesso hanno un approccio alla malattia condizionato in buona parte dalle pratiche impiegate dalle medicine tradizionali e popolari.

Così non va sottovalutato un ulteriore elemento. La classificazione della malattia e l'organizzazione dei servizi sanitari sono molto diverse nei paesi della UE, rispetto a quelle dei paesi dell'Europa, e di conseguenza, il rapporto tra pazienti extracomunitari e strutture sanitarie europee si traduce in un confronto tra sistemi sanitari profondamente diversi e tra diverse concezioni del rapporto malattia-medico - terapia.

Non tenere conto di questi fattori nell'organizzazione amministrativa, prescindendo dall'orizzonte culturale in cui la malattia viene vissuta, può determinare il rischio di proporsi ai malati in termini di estraneità e quindi di inefficienza. Da qui la necessità di riorganizzare i servizi all'interno delle strutture sanitarie prevedendo programmi formativi del personale sociosanitario volti ad agevolare la comunicazione con i pazienti immigrati.

Questa concezione differenziata della salute in alcuni campi come nella medicina preventiva può costituire un elemento di criticità, in quanto quest'ultima costituisce un intervento a basso costo, ma con rilevanti effetti in termini di efficacia ed economicità, sempre laddove sussista un sistema sanitario nazionale per mezzo del quale possa essere divulgata e praticata. A causa della carenza di esperienza vissuta in materia dagli immigrati la diffusione della medicina preventiva risulta più complessa. Tale fattore, che potrebbe sembrare irrilevante, costituisce una barriera significativa. Ciò è dimostrato, ad esempio, dall'assenza di difficoltà nella diffusione delle vaccinazioni, poiché nonostante sia una pratica appartenente alla medicina "occidentale" da qualche decennio ormai se ne ha conoscenza in tutto il mondo e quindi non vi è diffidenza verso le campagne di vaccinazione, rispetto alle campagne di prevenzione.

Oltre a difficoltà connesse a visioni culturali diverse delle pratiche

sanitarie, anche la “relazione” tra medico e paziente immigrato presenta degli aspetti di complessità. Un primo ostacolo, oltre alla ovvia barriera linguistica, è costituito da una difficoltà comunicativa, che, se è già insita in ogni paziente, è particolarmente accentuata negli immigrati. Un secondo livello riguarda invece, gli ostacoli più tipicamente culturali nel rapportarsi con il personale sanitario, quali le difficoltà da parte delle donne di alcune comunità a farsi visitare da medici di sesso opposto.

Infine un’ultima conseguenza delle problematiche di interrelazione comunicativa operatore sanitario - paziente riguarda lo sviluppo di pregiudizi reciproci che inducono il medico ad una visione “esotica” dell’immigrato come portatore di malattie tropicali e, dall’altra, del paziente straniero che nutre una eccessiva aspettativa di una sanità ipertecnologica ed altamente qualificata.

Da un punto di vista concettuale il rapporto immigrato – integrazione - salute è un fenomeno molto complesso; come rilevato da alcuni autori, non si tratta di realizzare una integrazione sistemica, ossia come “grado di adattamento tra le diverse funzioni, settori, istituzioni e ruoli che compongono il sistema, nel nostro caso la società”, ma di una integrazione sociale intesa come “grado di adattamento tra i soggetti, individuali o collettivi, componenti il sistema o la società”⁷⁷; processo che richiede un confronto cooperativo tra soggetti rispetto a valori, norme e modelli di comportamenti condivisi. Questa visione pluralista e di dialogo si trova nella Costituzione, centrata sull’importanza del contesto e delle relazioni, e si dimostra di straordinaria modernità, in quanto esprime l’idea di una sanità pubblica capace di avere una visione globale e sistemica sulla salute, considerata in tutti suoi aspetti, volta a promuovere politiche e azioni efficaci mediante approcci di tipo intersettoriale e multilevel che coinvolgano i governi, le istituzioni, le comunità e i singoli individui richiamando l’attenzione sui temi dell’equità.

Da un punto di vista economico, gli ostacoli investono essenzialmente due settori, uno riguardante la domanda di servizi sanitari da parte della popolazione immigrata, l’altro relativo all’offerta di servizi da parte dello Stato e delle Regioni.

Dal punto di vista della domanda, la condizione di estrema precarietà economica degli immigrati, soprattutto degli irregolari, spesso privi di un regolare contratto di lavoro, rende difficile il pagamento dei ticket previsti dal SSN. D’altronde, sono le stesse

⁷⁷ P. CERI, *Quanto è possibile e desiderabile la coesione sociale?* in Quaderni di sociologia, 2008, p. 139.

condizioni di estrema povertà e marginalizzazione sociale a far crescere la domanda di assistenza sanitaria per quei problemi di salute legati a stili di vita e alimentazione insalubri o a retaggi di un percorso migratorio logorante da un punto di vista sia fisico che psicologico.

Per ovviare a tali problematiche la politica sanitaria espressa nel T.U.I. all'art. 35, co.3, riconosce ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, il diritto alle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o essenziali, anche se continuative, per malattia o infortunio, con particolare riguardo alla profilassi, alla diagnosi e alla cura delle malattie infettive⁷⁸ nelle strutture pubbliche o accreditate convenzionate quale STP⁷⁹. Al riguardo, come innanzi detto, la giurisprudenza, con orientamento consolidato, ha più volte ribadito che devono ritenersi garantite tutte le prestazioni essenziali per la vita della persona straniera, ritenendo prevalente il valore universale e costituzionale della salute rispetto all'interesse dello Stato ad espellere dal territorio nazionale il soggetto privo del permesso di soggiorno⁸⁰. La fruizione delle prestazioni sanitarie urgenti ed essenziali è garan-

⁷⁸ Dal Rapporto OMS Europa 2018 (www.salute.governo.it), studio condotto in collaborazione con l'Istituto Nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti ed il contrasto delle malattie della povertà (INMP) risulta che non c'è un aumento della trasmissione delle malattie infettive da parte della popolazione migrante. Il documento, che raccoglie e analizza le evidenze contenute in più di 13.000 documenti di letteratura a partire dal 2014, relativamente allo stato di salute dei rifugiati e dei migranti presenti nei 53 Paesi della Regione Europea dell'OMS, è il primo del suo genere in quanto fornisce sia un'istantanea della salute dei rifugiati e dei migranti nella Regione sulla base dell'evidenza scientifica, sia un quadro chiaro delle risposte al fenomeno da parte dei relativi sistemi sanitari.

⁷⁹ Agli stranieri irregolarmente presenti, in sede di prima erogazione dell'assistenza, deve essere attribuito un codice regionale individuale di accesso a sigla STP (Straniero Temporaneamente Presente) con il rilascio di un tesserino, riconosciuto su tutto il territorio nazionale. Se il destinatario della prestazione è indigente deve sottoscrivere "l'autocertificazione di indigenza": l'esonero dalla partecipazione alla spesa va applicato in tutti i casi (elenco completo in Allegato 12 al DM Ministero dell'Economia, 17 marzo 2008), così come si applica per i cittadini italiani. Per i dati relativi ai tassi di ospedalizzazione degli immigrati STP si fa riferimento al report "*La spesa sanitaria per gli immigrati*", a cura del Gruppo tecnico del progetto "*Promozione della salute della popolazione immigrata in Italia*".

⁸⁰ Fra tutte, cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 20561/2006; Id., 24 gennaio 2008, n. 1531 in www.cortedicassazione.it; Cons. Stato, n. 5286/2011; Cons. Stato, n. 4863/2010 in www.giustizia-amministrativa.it; Corte di Cassazione, SU Civili, sent. n. 14500, 10 giugno 2013 in www.cortedicassazione.it.

tita sino alla completa risoluzione dell'evento morboso (in tal senso, Circ. Ministero della Sanità 24 marzo 2000, n. 5)⁸¹.

Non è da trascurare anche l'incapacità dell'organizzazione sanitaria di comunicare all'utenza i servizi offerti, difficoltà dovute alla complessità dell'articolazione dei servizi stessi e delle rigide regole di accesso non tradotte in percorsi accessibili. Inoltre, ci si interroga sulla sostenibilità da parte del SSN della fornitura di servizi a favore dei migranti, dal momento che la spesa pubblica destinata in tale direzione è in aumento, proporzionalmente alla crescita delle dimensioni del fenomeno migratorio.

Dall'esame degli ostacoli di tipo culturale, sociale ed economico, si osserva che la priorità di un SSN di tipo universalistico e solidaristico, quale quello italiano, dovrebbe essere quella di contrastare le crescenti diseguaglianze nella salute svolgendo un ruolo di *advocacy* per i gruppi più vulnerabili e realizzando modelli assistenziali in grado di dare una risposta efficace ai bisogni di salute di tutti.

Abbiamo visto che una questione cruciale per lo stato di salute dell'immigrato è rappresentata dal grado di accessibilità e fruibilità dei servizi sanitari. La prima dipende prevalentemente dalla normativa, la seconda dalla capacità dei servizi a livello locale di adeguare le risposte ad utenti con tipologie differenti.

Gli immigrati incontrano ostacoli ad accedere ai servizi socio-sanitari a causa delle barriere burocratiche, delle difficoltà nel districarsi all'interno del complesso labirinto dei servizi e della mancanza di conoscenza dei propri diritti, soprattutto per la fascia degli irregolari.

La legge nazionale rappresenta una indicazione di principio che compete poi alle Regioni trasformare in normativa regionale ed in politiche locali in grado di garantire i diritti sanciti dalla legislazione nazionale. Ma la delega alle Regioni e la relativa competenza legislativa hanno prodotto sul territorio italiano differenti modalità di attuazione della legge nazionale in materia di assistenza sanitaria agli immigrati, con forti disparità tra le diverse realtà regionali nell'attuazione dello stesso Testo unico sull'immigrazione⁸². Le indagini

⁸¹ Sul diritto alle prestazioni sanitarie urgenti ed essenziali anche per gli stranieri non iscritti al SSN, *amplius*, G.A.GIUFFRÈ, *Brevi considerazioni sull'assistenza sociosanitaria agli stranieri*, in *Federalismi*, 2018, pp. 14 ss.

⁸² Per un approfondimento dell'analisi relativa all'attuazione delle politiche nazionali a livello regionale si veda il Rapporto a cura di Osservatorio epidemiologico sulle Diseguaglianze/ARS Marche dal titolo "Immigrati e servizi sanitari in Italia: le risposte dei

svolte sottolineano che solo alcune Regioni hanno dato attuazione alle normative contenute nel T.U.I. Con l'emanazione di direttive specifiche (circolari, decreti, delibere) su come erogare l'assistenza sanitaria di base agli immigrati STP; si comprende quindi, come per gli immigrati presenti in Italia la possibilità di accedere all'assistenza di base vari a seconda della Regione e del territorio in cui essi si trovano⁸³.

Ciò, oltre a comportare una lesione dell'art. 32 Cost., ed al principio di equità ispiratore del Sistema Sanitario Nazionale, condiziona anche la capacità di verificare il grado di efficienza dei servizi messi in atto. Infatti, l'assenza di indicazioni sull'attuazione dei modelli organizzativi uniche per tutto il territorio nazionale, non consente di individuare strumenti per monitorare la domanda di servizi ed il grado di risposta da parte delle strutture sanitarie. Con la conseguenza che le potenzialità relative allo scambio di informazioni sulle metodologie più virtuose per migliorare l'accesso ai servizi, vengono annullate, poiché le competenze in materia sono distribuite differenzialmente nelle varie Regioni. E questa differenziazione regionale nell'applicazione della normativa nazionale, e dei metodi di accesso ai servizi sanitari tra i territori determina un'ulteriore difficoltà per gli immigrati: sarebbe quindi, necessario costruire obiettivi e provvedimenti comuni per le diverse aree. Ciò faciliterebbe un monitoraggio più coerente dello status di salute degli immigrati sul territorio, volto a ridurre le lacune individuate nell'organizzazione attuale dei servizi (difficoltà di interazione linguistica e culturale, precarietà economica degli immigrati) ed a diffondere le esperienze acquisite

sistemi sanitari regionali", 2008. Dal rapporto del Centro Nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie sulla situazione dell'assistenza sanitaria per gli immigrati STP), ovvero i soggetti maggiormente a rischio di emarginazione sociale, emerge che solamente 12 Regioni su 21 avevano dato attuazione alle normative contenute nel Testo Unico sull'immigrazione emanando direttive specifiche (circolari, decreti, delibere) su come erogare l'assistenza sanitaria di base agli immigrati STP.

⁸³ L'analisi dei dati relativi all'accesso degli immigrati alle cure costituisce un fondamentale indicatore di integrazione ed elemento per adeguare il sistema sanitario nazionale. Cfr. AGENAS, *La salute della popolazione immigrata: il monitoraggio da parte dei Sistemi Sanitari Regionali*, Roma 2013; Istat. Statistica report *Cittadini stranieri: condizioni di salute, fattori di rischio, ricorso alle cure e accessibilità dei servizi sanitari*, in <https://www.istat.it/it/archivio/110879>; L. LOMBARDI, V. MEROTTA, N. PASINI, A. PULLINI, *La salute degli immigrati in Lombardia*, (a cura di)V. CESAREO, G.C. BLANGIARDO, *Rapporto 2016. L'immigrazione straniera in Lombardia*, Milano, 2017, Osservatorio Regionale per l'integrazione e la multietnicità; Programma Nazionale Esiti (PNE), 2018 sui dati del 2017.

dalle Regioni più virtuose. Gli effetti di tale provvedimento potrebbero avere ripercussioni positive sugli altri vincoli considerati. Una efficace risposta alle istanze in materia di salute della popolazione migrante non può prescindere dal rafforzamento a livello regionale delle potenzialità gestionali, sia amministrative che sanitarie, necessarie per l'individuazione ed applicazione di modalità operative univoche⁸⁴. Logico corollario è il rafforzamento delle competenze del personale socio sanitario, quali facilitatori del processo di accesso ed uso dei servizi, e della capacità di utilizzare sistemi di rete on line attraverso i quali la comunità scientifica può effettuare una raccolta sistematica di dati ed informazioni sulle condizioni di salute, proponendo modalità assistenziali standardizzate su protocolli riconosciuti finalizzate alla ottimizzazione delle risorse⁸⁵.

La politica sanitaria a livello centrale dovrebbe essere ferma sui principi fondamentali, ma flessibile sugli strumenti che devono adeguare in modo coerente il sistema alla realtà e alle nuove esigenze. Le politiche regionali dovrebbero collocare la salute nell'ambito delle politiche generali di assistenza e lavoro, superando la parcellizzazione delle soluzioni sino ad oggi adottate, così fornendo una risposta integrata che in un contesto interculturale miri a potenziare l'autonomia dei migranti⁸⁶ ed a garantire equità in termini di accesso ai servizi. Una delle esigenze più importanti è quella adottare pratiche di sanità pubblica basate su evidenze scientifiche e improntate all'appropriatezza, all'efficienza e all'equità per la salute di tutti i cittadini, in particolare di quelli più fragili. Tuttavia, il decreto "Sicurezza e immigrazione" n. 113 /2018⁸⁷, convertito con modifiche dalla legge n. 132 del 1 dicembre 2018, circoscrivendo il campo di azione ad alcune categorie specifiche di migranti, non

⁸⁴ P. ROSSI *La discrezionalità organizzativa nella facilitazione all'accesso degli immigrati ai servizi sanitari*, in M. TOGNETTI BORDOGNA, P. ROSSI (a cura di) 2016, op. cit. pp.115 -145.

⁸⁵ M.MARCECA, *Il fenomeno immigratorio. Politiche sanitarie e percorsi di tutela, Salute e Territorio*, n. 168, 2008, p. 170-175 in www.scielo.br.

⁸⁶ Autonomia sia sul piano linguistico che relazionale. Così dall'altro, l'impiego di operatori specializzati (psicologi, antropologi) per il contrasto alle discriminazioni.

⁸⁷ Decreto - legge 4 ottobre 2018, n. 113 "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*". A. DI MURO, L. DI MURO, *Il diritto dell'immigrazione: guida aggiornata alla Legge n. 132/2018, Decreto Salvini*, Torino, Giappichelli, 2019.

sembra essere in linea con l'auspicato processo di integrazione ed accoglienza costruito negli anni⁸⁸. L'impianto normativo passa da un sistema unico di accoglienza come previsto dal D.Lgs. n.142/2015⁸⁹, distinto per fasi di accoglienza con al centro il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, ad un sistema di accoglienza binario distinto in base allo status dei beneficiari con l'obiettivo di eliminare il diritto di permanenza indistinto riservandolo solo a coloro che hanno titolo definitivo a permanere⁹⁰. L'abrogazione all'art. 1 del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, co.6 del T.U.I., sostituito con diverse tipologie di permessi, della durata di 6-12 mesi, ha come conseguenza di limitare l'accesso dei migranti non solo all'assistenza socio sanitaria, ma anche agli alloggi di edilizia residenziale pubblica⁹¹, e non consente la convertibilità in permessi di soggiorno per lavoro. L'art. 19 co. 2, lettera d bis, D.Lgs. 286/98 prevede una nuova figura di permesso di soggiorno "*per cure mediche*", della durata massima di un anno. Questa modifica non riguarda l'ipotesi prevista dall'art. 36 del T.U.I., cioè per coloro che entrano in Italia con il visto per cure mediche per sottoporsi ad interventi e cure che possono pagare, bensì la situazione di non espellibilità di chi si trova in condizioni di salute "*di particolare gravità*", accertate con "*idonea documentazione*" e tali da determinare "*un rilevare pregiudizio alla salute degli stessi*". In merito alle cure mediche "*urgenti ed essenziali*" si evidenzia una prima criticità: chi ha titolo per definire l'eccezionale gravità e produrre l'idonea certificazione sanitaria che motivi il rilascio di tale permesso di soggiorno? E quali

⁸⁸ Sul sistema di accoglienza italiano e le modifiche di cui al D.L.n. 113/2018 cfr. M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2019; F. CAMPOMORI, *La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019 n. 1, pp. 5-20.

⁸⁹ Il D.Lgs. n. 142 del 2015 (c.d. decreto accoglienza) disciplina il sistema di accoglienza nazionale in attuazione delle direttive europee 2013/32/UE e 2013/33/UE.

⁹⁰ Il Decreto prevede di sostituire il permesso di soggiorno per motivi umanitari con tre differenti tipologie di permessi di soggiorno per "*casi speciali*": 1) vittime di violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo; 2) persone che necessitano di cure mediche per "*condizioni di salute di eccezionale gravità*" ovvero che, affette da gravi patologie, non possono essere adeguatamente curate nel Paese di origine o di provenienza; 3) persone che provengono da un Paese che si trova in una situazione temporanea di "*contingente ed eccezionale calamità*". Inoltre, è previsto un permesso rivolto a coloro che si sono distinti per "*atti di particolare valore civile*".

⁹¹ In tale ipotesi è necessario avere un permesso di soggiorno di almeno due anni.

sono i requisiti diagnostici necessari per evitare da parte dei sanitari comportamenti arbitrari e restrittivi? Inoltre, questo stato deve creare “*un pregiudizio*” alla salute dello straniero in caso di espulsione nel suo paese di origine⁹².

Inoltre lo SPRAR⁹³, gestito dagli enti locali, viene sostituito dal SI-PROIMI (*Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati*) e riservato solo ai migranti oggetto di protezione internazionale, a chi deve essere sottoposto a urgenti o indispensabili cure mediche, ed a poche altre categorie di immigrati che si trovano in particolari situazioni, come ad esempio, a chi risulta vittima di tratta, di violenza domestica, di grave sfruttamento lavorativo, chi non può rientrare nel proprio Paese a causa di calamità o chi ha compiuto atti di particolare valore civile. Sono esclusi i richiedenti asilo.

Le misure previste dal cd. Decreto Salvini e dal Decreto-legge 14 giugno 2019 n.53 “*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*” (cd. Salvini bis), convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77⁹⁴, sono destinate solo ad aggravare la condizione di esclusione sociale delle persone richiedenti asilo⁹⁵ ed a creare una condizione di grave frattura della solidarietà sociale in contraddizione con quanto in più punti affermato dalla nostra Costituzione. Il quadro delineato ha ovviamente delle implicazioni per il diritto alla salute, che viene garantito non solo attraverso l’accesso ai servizi sanitari, ma anche mediante la tutela di altri diritti sociali della salute come casa, reddito, istruzione, ambiente di vita e di lavoro. Nella realtà, un numero consistente di persone potrà ricorrere solo alle cure mediche “urgenti ed essenziali”, ambulatoriali od ospedaliere previste dall’art. 35 D.Lgs. n. 286/1998, e tale irragionevole

⁹² Cfr. Circolare Min. dell’Interno, 15 marzo 2019, n. 400/C/2019/II/Div/4 sez.: *Permesso di soggiorno per “cure mediche” ex art. 19, comma 2, lett. D-bis) TUI.*

⁹³ Ne consegue che i richiedenti asilo che non rientrano nelle succitate categorie, non rientreranno nei progetti Sprar e saranno inviati ai Centri di accoglienza straordinaria (Cas), che a differenza dello Sprar, che è l’unico sistema pubblico di accoglienza finanziato dal Fondo nazionale per le politiche e i servizi per l’asilo dove tutto è rendicontato, sono spesso strutture a gestione privata finanziate con denaro pubblico e quindi, meno controllabili. Spesso nei CAS non sono previste procedure idonee all’integrazione, e ciò rappresenta un determinante negativo per la salute.

⁹⁴ In G.U. 9/08/2019, n. 186.

⁹⁵ Dalla negazione dell’iscrizione anagrafica alla cancellazione delle misure per l’inclusione nella società italiana attraverso l’insegnamento della lingua, la formazione professionale e l’inserimento lavorativo.

restrizione costituisce una violazione dell'art. 3 e dell'art. 32 della Costituzione.

Una politica sociale, oltre che informata alla garanzia dei diritti, dovrebbe muovere dalla consapevolezza che i flussi migratori sono fenomeni strutturali e irreversibili, frutto della globalizzazione. In questa prospettiva il fenomeno migratorio andrebbe affrontato non in termini restrittivi, di chiusura, in quanto le politiche migratorie restrittive ostacolano lo sviluppo delle potenzialità umane.

Da qui la necessità di un dialogo a livello internazionale e nazionale fra istituzioni, associazioni, operatori della sanità ed emigranti stessi per individuare quali siano le soluzioni non più in termini di identità, ma di umanità ed economia.

Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270

Artificial intelligence, private guarantees and administrative decisions: is human contribution still necessary? Margin notes to Cons. Stato 8 April 2019, n. 2270

DI ALESSANDRO DI MARTINO

(Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia - Università degli Studi di Napoli 'Federico II')

Abstract

Il lavoro, che muove da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, intende analizzare l'attuale tendenza delle pubbliche amministrazioni a decidere utilizzando strumenti di intelligenza artificiale.

Dopo aver analizzato il caso sotteso alla decisione, il contributo si divide in tre parti.

Nella prima parte, l'indagine si soffermerà sul campo di applicazione degli strumenti di intelligenza artificiale, al fine di provare a comprendere se questi si applichino solo ai procedimenti vincolati, ovvero se gli algoritmi possano essere utilizzati anche nei procedimenti discrezionali. Nella seconda parte, sarà effettuata un'indagine sulla natura della funzione della pubblica amministrazione nella configurazione dell'algoritmo, nonché sulle ripercussioni delle modalità di predeterminazione rispetto alle garanzie procedurali dei privati. In conclusione, ci si concentrerà sul cambiamento delle funzioni del giudice amministrativo e si analizzeranno i risvolti della «cognizione piena» del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate.

This essay is based on a recent decision of the State Council and aims to analyse the current trend of public administrations to decide through computer algorithms. After an analysis of the case underlying the pronouncement, the paper is organized into three parts.

First, the question will be whether artificial intelligence tools should be applied only in bound activities cases, or whether the scope of computer algorithms should also be extended to procedures with a discretionary nature. Secondly, an investigation will be carried out on the nature of the function of the public administration in the algorithm setup, as well as on the repercussions of the modalities of predetermination with regard to the procedural guarantees of the private parties. In conclusion, we will focus on the change of the functions of the administrative judge within a jurisdiction committed to review decisions made through the use of computer algorithms.

Sommario: 1. Attualità del problema, analisi del caso e premesse metodologiche. 2. Brevi cenni sui limiti della discrezionalità amministrativa nelle procedure automatizzate. 3. La predeterminazione amministrativa in sede di definizione dell'algoritmo e le garanzie dei privati; a) decisioni automatizzate e partecipazione democratica; b) decisioni automatizzate e trasparenza amministrativa; c) decisioni automatizzate e obbligo di motivazione. 4. La «cognizione piena» del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate. 5. Considerazioni conclusive.

1. Attualità del problema, analisi del caso e premesse metodologiche

Il rapporto tra l'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale e l'esercizio della funzione amministrativa risulta essere un tema estremamente attuale nell'indagine della scienza giuridica¹, tema sul quale la giurisprudenza, nelle pronunce nelle quali si è trovata ad affrontare la questione, stenta ad arrivare ad approdi univoci.

I nodi problematici che sottendono tale rapporto emergono a partire dal rischio che le decisioni amministrative automatizzate si risolvono in una serie di automatismi che, non solo incidono sulle modalità di esercizio del potere pubblico, ma investono negativamente l'esercizio delle garanzie dei privati nel procedimento e rischiano di sovvertire lo schema generalmente operante nella successiva sede processuale, nella misura in cui attribuirebbero al giudice amministrativo le funzioni di cura concreta degli interessi, che come noto caratterizza, invece, la fase procedimentale.

La Sentenza 8 aprile 2019, n. 2270 della VI Sezione del Consiglio di Stato offre dunque la possibilità di ragionare sul rapporto tra funzione amministrativa e garanzie procedimentali nell'era dell'intelligenza artificiale, con lo sguardo rivolto alla necessità di individuare fattori capaci di tenere in equilibrio i vantaggi sottesi all'utilizzo degli algoritmi con i principi e le regole che governano l'azione amministrativa.

La pronuncia in esame riforma la decisione n. 12026 del 2016 del T.A.R. Lazio, con la quale i giudici di prime cure respingevano la pretesa dei ricorrenti - docenti della scuola secondaria di secondo

¹ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, ma già in passato A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, 2011, nonché i numeri monografici di *Diritto pubblico*, 2019, 1; *Analisi economica del diritto*, 2019, 2; *Giurisprudenza italiana*, 2019, 7; *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3.

grado, già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, i quali nel mese di settembre 2015 erano stati individuati quali destinatari di proposta di assunzione a tempo indeterminato in virtù del piano straordinario nazionale di cui all'art. 1, cc. 95-104, della l. n. 107/2015 - di essere assunti nelle scuole per le quali avevano espresso la loro preferenza ritenendo che, «trattandosi di docenti comunque assunti, seppure in sedi diverse da quelle di prima scelta, non sussiste *ne* l'allegato danno grave e irreparabile»².

Non sarebbe sorto alcun problema, se non fosse stato che la decisione era stata presa sulla base di un algoritmo - alle parti del tutto sconosciuto - e che i docenti, collocati in graduatoria in posizione deteriore rispetto agli appellanti, avevano beneficiato dell'assunzione a tempo indeterminato nella classe di concorso prescelta e nella provincia di residenza.

Le parti, dunque, nel rivendicare il diritto all'assunzione nella classe di concorso in cui avevano maturato maggiore esperienza e punteggio, ricorrevano in appello, con contestuale istanza cautelare, impugnando: a) il decreto del Dirigente dell'Ambito Territoriale per la Provincia di Bari n. 4904 del 20 novembre 2015, relativo alla ripartizione dell'organico potenziato per «posti comuni secondo ciclo»; b) i verbali delle operazioni di assegnazione della sede ai docenti aventi diritto all'assunzione a tempo indeterminato nella fase «C» per l'anno scolastico 2015/2016; c) ed infine i provvedimenti con cui i ricorrenti venivano cancellati dalle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Bari.

La decisione del Consiglio di Stato, prima in sede cautelare³, e poi con la pronuncia di merito, pur ribaltando l'orientamento fornito dal giudice di prime cure, nella misura in cui ha ritenuto attuale e rilevante il danno lamentato dai ricorrenti in ordine al trasferimento in sedi diverse da quelle ad essi spettanti, appare prestare il fianco ad una serie di rilievi critici in ordine ai margini di attingibilità, che dalla medesima pronuncia emergono, degli strumenti di intelligenza artificiale da parte della p.a. ed offre, in ogni caso, la possibilità di ragionare su tre specifiche questioni.

In primo luogo, ci si interrogherà sull'opportunità di applicare gli strumenti di intelligenza artificiale solo ai procedimenti di natura vincolata, ovvero se sia da auspicarsi una estensione del raggio

² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 1 dicembre 2016, n. 12026, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2017, n. 3302, in www.giustizia-amministrativa.it.

d'azione degli algoritmi informatici anche ai procedimenti di natura discrezionale.

In secondo luogo, sarà effettuata una indagine sulla natura della funzione svolta dalla pubblica amministrazione in sede di predisposizione dell'algoritmo, nonché sulle ricadute delle modalità di predeterminazione in ordine alle garanzie procedurali dei privati.

In conclusione, ci si soffermerà sul mutamento delle funzioni del giudice amministrativo nell'ambito di una giurisdizione impegnata a sindacare decisioni rese attraverso l'utilizzo degli algoritmi informatici. In considerazione del fatto che l'impiego dell'algoritmo nel processo decisionale sottrae, di fatto, la valutazione degli interessi agli organi ordinariamente deputati a esercitare il potere pubblico, ci si interroga sulla possibilità che, in tali circostanze, il giudice amministrativo possa essere il primo, ed unico, soggetto ad effettuare una valutazione umana su un procedimento impersonificato.

2. Brevi cenni sui limiti della discrezionalità amministrativa nelle procedure automatizzate

Con riguardo alla possibilità di ricorrere agli strumenti di intelligenza artificiale esclusivamente nei casi di attività vincolata ovvero sulla possibilità di estendere questi strumenti anche ai procedimenti discrezionali, in passato una prima risposta veniva fornita dalla giurisprudenza civile, nel senso di escludere il ricorso ad una decisione automatizzata nel campo applicativo della discrezionalità amministrativa⁴.

A distanza di circa un ventennio dalla pronuncia della Corte di Cassazione, la decisione del Consiglio di Stato n. 2270 del 2019 conferma, se non altro, un indirizzo favorevole a privilegiare l'utilizzo di procedure automatizzate nei procedimenti vincolati, ritenendo che «l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati

⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204, secondo cui le procedure automatizzate sono applicabili agli atti amministrativi informatici in stretto senso, cioè di quegli atti provenienti dalla pubblica amministrazione, direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informatico in quanto non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alle particolarità del caso concreto.

certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale».

In accoglimento della tesi secondo cui il ricorso alla decisione amministrativa automatizzata intanto è reso possibile in assenza di uno spazio di discrezionalità pura nella fase successiva alla programmazione dello strumento di intelligenza artificiale⁵, l'utilizzo degli algoritmi informatici può costituire il modello di decisione amministrativa nei casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche dell'amministrazione, laddove non residuino margini di opinabilità⁶. Sebbene la dottrina abbia storicamente fornito interpretazioni discordanti rispetto al concetto di attività vincolata⁷, si ritiene che gli strumenti di intelligenza artificiale trovino la loro massima espres-

⁵ G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 39 ss. A conferma di tale interpretazione, M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019, n. 16, ritengono che una simile operazione non potrebbe trovare applicazione nell'ambito dell'attività discrezionale che, invece, implica la sequenza «norma-fatto-potere giuridico-effetto», e che presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa di più interessi, il cui svolgimento non può in alcun modo essere affidato alla macchina.

⁶ Vi è tuttavia chi ritiene che confinare il ruolo dell'intelligenza artificiale solo ai casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche non costituisca una lettura tale da garantire il progresso e lo sviluppo di queste modalità procedurali. Al fine di valorizzare gli strumenti di intelligenza artificiale anche nei procedimenti di natura discrezionale, cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1771. Sempre nel senso della possibilità di ricorrere a meccanismi informatici anche nei procedimenti discrezionali, vi era anche chi riteneva che il ricorso a tali strumenti consentirebbe di raggiungere obiettivi legati alla «trasparenza informatizzata, alla riduzione delle disparità di trattamento, all'incremento della legalità ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché all'ampliamento della partecipazione degli amministrati alla decisione pubblica». Così, I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 647 ss., spec. 660.

⁷ Non essendo questa, per evidenti ragioni di economia espositiva, la sede per analizzare i diversi orientamenti dottrinali in ordine al concetto di attività vincolata, ci si limita a rinviare, a conferma del carattere articolato delle posizioni sul punto, alla posizione di V. OTTAVIANO, voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 577, per cui tutta l'attività amministrativa è vincolata e, quindi, anche i procedimenti discrezionali hanno una matrice sostanzialmente vincolata; posizione alla quale si contrappone quella di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 433, il quale, nel ritenere l'attività vincolata come una ipotesi di scuola, afferma che «l'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati». Di recente, effettua una indagine volta ad affermare l'impossibilità di far rientrare gli atti vincolati nell'area di espressione del potere amministrativo, F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, n. 7.

sione nei procedimenti - appunto, vincolati - in cui «l'agire appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche ... e non vi è alcuno spazio per la scelta dell'amministrazione»⁸. Nel caso dell'attività vincolata, e seguendo il classico schema di scuola «norma-fatto-effetto», il legislatore fissa in maniera univoca i presupposti e rende certa la conseguente decisione amministrativa. Nell'ambito delle decisioni automatizzate, secondo una recente impostazione sarebbe ben possibile affidare ad un *software* la costruzione dei passaggi necessari alla: a) immissione di un *input* (e cioè dei presupposti fissati *ex lege*); b) verifica della sussistenza dei presupposti nel caso di specie; c) decisione finale (o *output*)⁹.

Ma oltre agli atti di natura vincolata, i procedimenti automatizzati sembrano attagliarsi - forse ancor di più che all'attività vincolata, ed a cagione della complessità delle operazioni che consentono di espletare - al concetto di c.d. discrezionalità tecnica¹⁰, ma solo laddove si ammetta - in contrasto con la tesi Ranelletiana¹¹ - che tale potere di valutazione tecnica non implichi né valutazioni e ponderazioni degli interessi, né possibilità di scelta alla stregua di esse (merito amministrativo). Recuperando dunque l'interpretazione di Sandulli - poi accolta da successivi studi in tema di valutazioni tecniche dell'amministrazione¹² - «una volta compiuta tale valutazione (alla stregua di conoscenze tecniche) l'autorità amministrativa è poi vin-

⁸ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 73.

⁹ M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, op. cit.; G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità*, op. cit., 53, che richiama i casi di demolizione di manufatti realizzati in assenza di titoli autorizzatori e di sanzioni per eccesso di velocità, a conferma della moltitudine di esempi di attività vincolata che confluiscono in provvedimenti automatizzati «suscettibili di una certa serialità e massificazione».

¹⁰ Per un richiamo agli studi effettuati sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

¹¹ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 358, nel negare l'autonomia concettuale della discrezionalità tecnica, fa rientrare quest'ultima categoria (non nell'alveo della vincolatezza, ma) nel novero di attività caratterizzate da discrezionalità amministrativa pura, nel qual caso la valutazione dell'interesse pubblico è preceduta da un apprezzamento tecnico.

¹² Ad avviso di F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999, 182, l'attività tecnica dell'amministrazione rientrerebbe nell'ambito della vincolatezza, di modo che risulta possibile «quanto meno ridimensionare la vasta accezione di merito».

colata a provvedere in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a riconoscere»¹³. Se si considera che l'utilizzo degli algoritmi informatici è già presente in alcuni procedimenti del nostro ordinamento - come nel caso del giudizio sull'anomalia delle offerte¹⁴ e nei procedimenti di selezione del personale docente - si può giungere alla conclusione che gli strumenti di intelligenza artificiale sono applicabili, in primo luogo, in quei casi in cui emerge un graduale esaurimento del potere discrezionale - che coincidono, nella sostanza, con i casi di attività vincolata - e, in secondo luogo, quando la tecnica incide sensibilmente sulla scelta da compiere. Dunque, pare ad oggi poco verosimile ritenere che gli strumenti di intelligenza artificiale possano essere applicati nei procedimenti di matrice discrezionale. Tali strumenti sono senz'altro - ed esclusivamente - applicabili a casi nei quali l'interesse pubblico prevalente sia stato predeterminato a monte ed il procedimento non consenta margini di scelta tra le eventuali soluzioni possibili e valide per l'ordinamento¹⁵.

¹³ In questi termini, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, Napoli, 1973, 341.

¹⁴ Il tema è di particolare attualità e ciò è confermato da una recente pronuncia del T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 765, con cui veniva dichiarato infondato il ricorso promosso avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara svolta attraverso modalità telematiche, il cui algoritmo utilizzato per calcolare la soglia di anomalia delle offerte - ai sensi dell'art. 97, c. 2., d.lgs. n. 50 del 2016 - era stato modificato dalla Stazione appaltante in corso di gara. La modifica avrebbe comportato l'illegittimità del provvedimento, se non fosse che questa interviene dopo una circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, n. 17649 del 5 luglio 2019, dedicata alle «note esplicative relative all'applicazione del nuovo metodo di aggiudicazione ai sensi dell'art. 97, comma 2 del d.l. 32/2019». Da ultimo, si segnala una ulteriore circolare del M.I.T. del 24 ottobre 2019. Il problema, dunque, oltre ad assumere un connotato prettamente giuridico, investe inevitabilmente anche il terreno politico.

¹⁵ Si ritiene di non condividere l'interpretazione fornita da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, la quale ha ritenuto che non vi siano «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse». In particolare, se si ammette l'idea per la quale i casi di «discrezionalità» tecnica siano compatibili con l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale - e ciò perché, come si è avuto modo di dire, nelle valutazioni tecniche non viene svolto un bilanciamento tra gli interesse, ma l'amministrazione è tenuta ad effettuare esclusivamente una valutazione di fatti complessi - la scelta di un allargamento delle maglie nell'applicazione degli algoritmi ai procedimenti amministrativi potrebbe rivelarsi problematica per una serie di motivi. Non essendo questa la sede in cui svolgere approfondimenti in ordine al rapporto tra discrezionalità amministrativa ed algoritmi

3. La predeterminazione amministrativa in sede di definizione dell'algoritmo e le garanzie dei privati

Con riferimento al secondo punto, e cioè al ruolo di predeterminazione dell'algoritmo dell'amministrazione e la corrispondente tutela delle garanzie (procedimentali) dei privati, la pronuncia risulta essere di particolare interesse nella misura in cui il giudice amministrativo sostiene che la discrezionalità amministrativa, nei procedimenti basati sulla decisione algoritmica, si rintraccia, e al tempo stesso si consuma, al momento della elaborazione dello strumento digitale. E non si può dubitare che si tratti, in questa prima fase, di discrezionalità amministrativa pura, nella misura in cui pare evidente come l'amministrazione effettui una scelta sulle modalità di funzionamento dell'algoritmo e sulla decisione stessa di fare ricorso all'elaborazione elettronica per la definizione del contenuto dell'atto¹⁶.

In considerazione del fatto che, come noto, la definizione delle scelte da compiere costituisce una prerogativa tipica dell'amministrazione, sembra allora opportuno chiedersi in primo luogo se possa ritenersi legittima l'idea di relegare l'esercizio del potere ad una mera fase di predeterminazione dell'algoritmo - non svolgendo dunque l'amministrazione la funzione di garante delle regole procedurali¹⁷ - e se, a cascata, il ragionamento del Consiglio di Stato non conduca sempre di più ad una concezione di amministrazione esclusivamente vincolata (non dalla legge, ma dall'algoritmo).

Per ciò che attiene al primo interrogativo emerge in maniera evidente l'andamento ondivago della giurisprudenza amministrativa che, se in un primo momento aveva ritenuto imprescindibile l'apporto

informatici, basti pensare alla potenziale tensione tra il risultato finale dell'algoritmo, che dovrebbe essere unico e certo, e la decisione di un procedimento discrezionale che potrebbe condurre ad una pluralità di esiti, tutti validi per l'ordinamento. Nel senso favorevole all'apertura dell'utilizzo degli algoritmi ai procedimenti discrezionali, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁶ Secondo quanto affermato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., 68, tratto caratterizzante della discrezionalità è la formulazione di giudizi di valore di tipo politico, dove per politico «non si intende un'attività libera nel fine ... ma un potere di scelta che trae fondamento nella legge e comporta un *quid novi* rispetto alla situazione preesistente».

¹⁷ Sembrano dunque essere sempre attuali, anche se a ormai sessanta anni di distanza, le affermazioni di Benvenuti il quale riteneva che il procedimento fosse, in primo luogo, la manifestazione dell'esercizio della propria funzione e, in secondo luogo, il modo di esternazione dell'atto. Sul punto, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, spec. 128.

umano in qualsiasi procedimento amministrativo¹⁸, anche in quelli che rinvenivano il fondamento delle basi decisorie nell'utilizzo di un algoritmo, ha successivamente, e in questa direzione si muove pure l'interpretazione fornita nella decisione in analisi, configurato l'assenza di un intervento umano (e l'affidamento della decisione ad un efficiente elaboratore elettronico in caso di procedimenti vincolati) come una declinazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

A ben vedere, per meglio comprendere le differenti prospettive dei giudici amministrativi nel senso di ritenere necessaria (o meno) la presenza di un responsabile del procedimento ed il dialogo con i privati potenzialmente interessati, sembra opportuno ripercorrere, senza alcuna pretesa di esaustività, l'evoluzione del principio di buon andamento¹⁹.

Se fino agli anni Settanta, il principio del buon andamento era considerato esclusivamente come principio strumentale allo svolgimento celere dell'azione amministrativa - che si poneva in un rapporto *ad excludendum* con la partecipazione del privato - successivamente la dottrina iniziò a lavorare su un nuovo concetto di buona amministrazione, caratterizzata da un *iter* procedimentale che garantisse al privato il confronto e la partecipazione procedimentale²⁰. Il principio del buon andamento, in estrema sintesi, non veniva più inteso quale criterio ispiratore di modalità di conduzione sollecita dell'azione amministrativa, senza «ostacoli che la rallentassero»²¹, bensì come principio sotteso all'adozione di decisioni rese all'esito di un confronto collaborativo con il privato²².

¹⁸ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ La letteratura sul principio del buon andamento è estremamente densa. Una ricostruzione del principio del buon andamento viene svolta da M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, spec. 223 ss.; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, 268 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

²⁰ In modo particolare, si veda il *Rapporto sui principali problemi sull'amministrazione dello Stato*, presentato alle Camere da M.S. GIANNINI, in *Foro It.*, 1979, V, 289 ss. L'A. rilevava, tra l'altro, «la necessità di garantire la libertà dei cittadini di essere informati circa i fatti dei pubblici poteri, [...] essendo necessario altresì procedere alla modernizzazione delle leggi regolative dell'azione amministrativa».

²¹ Così, F. CAMMEO, *Nota* a Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 1919, in *Giur. it.*, III, 1919, 231-232.

²² Come afferma puntualmente M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento: dal meta-*

A conferma di questa inversione di tendenza, in virtù dei caratteri della democraticità e dell'imparzialità, vi era chi affermava che l'interesse pubblico non appartenesse esclusivamente all'amministrazione, bensì alla società e, dunque, poteva essere individuato soltanto all'esito di una corretta valutazione di entrambi gli interessi, quelli dell'amministrazione e quelli dei cittadini²³.

La prospettiva dell'esaurimento del potere discrezionale nelle decisioni automatizzate da un lato, e la perdita dell'apporto umano nel corso del procedimento amministrativo dall'altro lato, sebbene siano ritenuti dalla giurisprudenza amministrativa quali operazioni conformi ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, rischia però di avere conseguenze negative in ordine alla compressione delle garanzie procedurali nei confronti del privato.

Inoltre, richiamando il considerando 71 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 679 del 2016, si dispone che un «trattamento automatizzato» - come i procedimenti amministrativi decisi sulla base di algoritmi informatici - dovrebbe essere comunque subordinato al rispetto di adeguate garanzie, riassumibili nella pretesa del privato a partecipare al procedimento (a), ad accedere agli atti e alle attività della pubblica amministrazione (b) e ad ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione (c).

a) decisioni automatizzate e partecipazione democratica

In primo luogo, dalla decisione del Consiglio di Stato emergono in maniera evidente delle criticità - legate anche alla complessità del tema - in ordine alla garanzia del contraddittorio e, più in generale, alla partecipazione democratica nel procedimento amministrativo.

giuridico alla logica del risultato in senso giuridico, in *www.iuspublicum.com*, 33, la nuova portata del buon andamento va sempre più allontanandosi dal perseguimento di una risposta celere dell'amministrazione. Quel che rileva, al fine di qualificare l'attività quale conforme al principio di «buona amministrazione», è l'impossibilità da parte dell'amministrazione di sopprimere i diritti e garanzie in capo ai privati.

²³ L'impostazione del principio di imparzialità non considerato quale limite dell'esercizio del potere pubblico, ma piuttosto quale regola procedimentale, si deve ad U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965. Una recente ricostruzione sulle diverse concezioni del principio di imparzialità, generata secondo l'Autore dal carattere tanto perentorio quanto generico dell'art. 97 Cost., viene svolta di recente da M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale*, op. cit., 46 ss.

Pur non essendo questa la sede opportuna per esaminare diffusamente «il nodo della partecipazione»²⁴, è senz'altro possibile sostenere che i procedimenti amministrativi che poggiano le loro basi decisorie su algoritmi informatici sembrano del tutto carenti di un momento di interlocuzione tra pubblico e privato²⁵. Infatti, non solo l'apporto collaborativo del cittadino non è garantito nella fase istruttoria, ma l'attività interlocutoria, all'interno della quale venga concesso al cittadino di esprimere una propria opinione in ordine all'*an* ed al *quomodo* del procedimento, non è prevista neanche nella fase antecedente all'avvio del procedimento²⁶. Tale prospettazione potrebbe indurre a sostenere che un procedimento automatizzato carente (anche) di un momento partecipativo presta il fianco non solo a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali, ma anche a violazioni dei principi generali del diritto amministrativo per una carenza di legittimazione democratica della scelta²⁷.

Vi è da chiedersi, a tale proposito, se e quali siano le modalità e gli strumenti che consentirebbero al cittadino di partecipare in maniera proattiva, laddove si conservi l'idea per la quale gli algoritmi

²⁴ Termine ripreso da M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225 ss.

²⁵ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Napoli, 2003, 211, dopo aver sostenuto che il ruolo della partecipazione democratica si è spinto fino alla «compartecipazione dei cittadini allo stesso processo di conformazione dell'interesse pubblico», afferma che non sembrano legittimate - in quanto comporterebbero delle evidenti lacune sotto il profilo istruttorio - degli schemi procedurali che limitino la partecipazione.

²⁶ Secondo l'interpretazione di A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 660 ss., la partecipazione se da un lato consente di esprimere al cittadino un apporto collaborativo nel procedimento, dall'altro lato si delinea come attività essenzialmente politica, concorrendo alla attuazione dell'interesse pubblico primario. Nello stesso senso, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 79-80. L'A., infatti, afferma che «Il dovere di consentire la partecipazione scaturisce dalla circostanza che essa contribuisce non solo a garantire la posizione dei destinatari del provvedimento, ma anche a realizzare una decisione che tenga conto di tutti gli interessi coinvolti nella maniera più completa ed adeguata alla migliore attuazione dell'interesse pubblico concreto».

²⁷ F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, 4, 2000, 943 ss., non condividono l'interpretazione della giurisprudenza che nega l'utilità della partecipazione democratica ai procedimenti di natura vincolata, nella misura in cui secondo gli Autori vi sono ipotesi in cui l'amministrazione, «pur muovendosi in spazi stretti, conserva un'autonomia di giudizio per la formazione del quale l'intervento del privato può risultare significativo».

informatici vengono utilizzati nei procedimenti all'interno dei quali manca l'esercizio del potere discrezionale.

Il problema sul se, e come, partecipare, ad avviso di chi scrive deve essere analizzato in maniera differente rispetto a chi in passato ha provato a sviscerare i nodi della partecipazione nelle decisioni amministrative complesse²⁸, e ciò per uno specifico motivo.

Mentre nelle decisioni complesse si discute, tra le altre cose, della pluralità degli esiti cui potrebbe giungere il procedimento amministrativo, nel caso delle decisioni automatizzate l'amministrazione non sarà tenuta a muoversi tra più soluzioni, tutte valide per l'ordinamento, ma sarà eterodiretta in un caso direttamente dalla legge e, in un altro caso, dall'apprezzamento tecnico svolto che non lascia ulteriori margini di valutazione.

Volendo dunque provare a risolvere la prima questione, in ordine cioè al se consentire la partecipazione democratica nei procedimenti automatizzati, sembra possibile rinvenire una risposta affermativa nell'art. 9 del d.lgs. n. 82 del 2005²⁹ - Codice dell'amministrazione digitale - che afferma che le pubbliche amministrazioni favoriscono «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo, ove previsto [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

Per ciò che attiene alla seconda questione, il coinvolgimento del cittadino³⁰ potrebbe svilupparsi non nel caso di algoritmo già pro-

²⁸ Per una ricostruzione più recente sulle decisioni amministrative complesse, cfr. F. CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, 267 ss. Secondo l'A., diversi sono i «sintomi» dai quali emerge che l'amministrazione dovrà rendere una decisione complessa: la pluralità di soggetti; l'eterogeneità degli interessi; le differenti norme applicabili; i diversi esiti possibili; la decisione assunta; le questioni amministrative da essa scaturenti. Quando questi fattori convergono in modo da indirizzare la scelta in una determinata direzione, la scelta dell'amministrazione viene definita «difficile».

²⁹ In questo senso, G. CARULLO, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, 685 ss.

³⁰ Una disamina, nel senso di attribuire valore alla partecipazione al fine di legittimare l'esercizio del potere pubblico, viene svolta da U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Fora.it*, 1984, 205. In particolare, l'illustre Autore ritiene che «perché l'ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l'amministrazione sia democratica, proprio nel senso che non c'è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell'amministrazione».

grammato³¹, ma, al fine di provare a valorizzare il carattere proattivo della partecipazione nel processo decisionale³², le preferenze dei privati - titolari di interessi collettivi alla rimodulazione dello strumento di intelligenza artificiale - potrebbero svelarsi quando sia ancora possibile intervenire nella fase di determinazione dello stesso³³.

È proprio nella fase preistruttoria, nel caso di decisioni automatizzate, che dunque l'amministrazione dovrebbe garantire un livello minimo di partecipazione del privato, con lo scopo di recuperare il rapporto tra potere pubblico e amministrati³⁴. Se dovesse ammettersi - come risulta dalle più recenti pronunce della giurisprudenza - l'idea in virtù della quale l'esercizio del potere amministrativo debba essere collocato nella fase di (pre)determinazione dell'algoritmo, il primo momento di interlocuzione con la collettività sarebbe previsto in sede processuale³⁵, prefigurandosi sullo sfondo l'abdicazione dell'attività di amministrazione³⁶.

³¹ Analizza il ruolo centrale della programmazione, segnalando anche come l'amministrazione sia titolare di una c.d. «discrezionalità programmatica», R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 647 ss.

³² F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 135, con riferimento alla fase istruttoria, ritiene che il termine «comunicare» sia sinonimo di «partecipare», nel senso di rendere comuni e noti - all'interessato ovvero alla collettività - fatti, situazioni o giudizi significativi rispetto ad un problema che impegna l'amministrazione pubblica nel processo decisionale.

³³ Volendo riprendere il pensiero di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, 19, nel sostenere come la scelta amministrativa non appartenga al monopolio dell'elemento burocratico, ma si realizza anche - e soprattutto - attraverso il richiamo all'elemento partecipativo, afferma che ammettere «che l'interesse pubblico non appartiene come proprio all'Amministrazione ma al corpo sociale, ne segue che esso nasce dalla composizione tra i vari interessi pubblici e gli interessi privati e di gruppo».

³⁴ Nel senso di una partecipazione funzionale, da un lato, a prevenire i conflitti tra amministrazione e cittadino e, dall'altro lato, a recuperare il *vulnus* di trasparenza dei processi decisionali, cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 38.

³⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

³⁶ In tal senso, M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss. L'A., infatti, ritiene che «l'abdicazione dell'esercizio dell'attività di amministrazione, soprattutto in quegli ambiti aventi ad oggetto per lo più situazioni giuridiche soggettive pretensive degli amministrati, non accompagnata dall'acquisizione di una maggiore consapevolezza del contenuto e del ruolo dell'amministrazione di indirizzo e di vigilanza [...] potrebbe comportare, sacrificata sull'altare di una maggiore presunta efficienza, una sorta di rinuncia della p.a. non solo al ruolo in funzione del quale essa è concepita,

Il ripristino delle garanzie di partecipazione nella parentesi discrezionale del procedimento così come delineato, rischia, tuttavia, di risultare una conquista esclusivamente formale. Pur volendo ammettere un intervento degli interessati, diretto a formulare delle osservazioni in ordine alla coerenza e alla bontà dello strumento di intelligenza artificiale, sullo sfondo si può scorgere il pericolo che a queste consultazioni prendano parte esclusivamente i titolari di interessi, soprattutto «datoriali», estremamente rilevanti.

b) decisioni automatizzate e trasparenza amministrativa

Oltre ai profili problematici in ordine al principio del contraddittorio che intercettano, seppure indirettamente, la rispondenza della decisione algoritmica al principio del giusto procedimento, la sentenza in analisi offre la possibilità di effettuare alcune riflessioni in ordine alla accessibilità e alla trasparenza dello strumento informatico.

L'ambiguità sembra essere ormai un tratto che contraddistingue l'operato della giurisprudenza amministrativa soprattutto in tema di decisioni robotizzate. Come si è avuto modo di sostenere, se dalla pronuncia del Consiglio di Stato si evince la centralità del principio di buon andamento - ciò in quanto, utilizzando gli strumenti informatici nei procedimenti vincolati, vi sarebbe una evidente accelerazione (se non proprio un salto) procedimentale - una lettura *a contrario* della stessa decisione consentirebbe di ritenere eludibili, non essendo più necessario l'apporto umano nei procedimenti in cui non vi è l'esercizio del potere discrezionale, le garanzie dei privati tra cui la partecipazione democratica³⁷.

A ben vedere, la genericità della giurisprudenza nell'inquadramento degli istituti - che come è ovvio incide anche sui livelli di tutela da

di tutrice del rispetto delle garanzie democratiche, ma anche a quello di interprete e talora curatrice diretta dei bisogni presenti in una comunità».

³⁷ Un procedimento amministrativo condotto in assenza di garanzie procedurali contrasterebbe inoltre con l'art. 41 della Carta di Nizza - laddove si accolga la portata di principio generale del diritto ad una buona amministrazione, e dunque vincolante non solo per le istituzioni dell'Unione, ma anche per gli Stati membri - il quale dispone la necessaria applicazione dei principi di trasparenza, partecipazione, motivazione e decisione tempestiva. Sebbene la letteratura su tale disposizione sia ormai densissima, si segnala il recente scritto di D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 165 ss.

garantire ai privati - investe anche il terreno della trasparenza amministrativa nelle decisioni automatizzate, in quanto pur evincendosi dall'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato la centralità del principio stesso, sembra altrettanto difficile affermare, per due particolari ragioni, che le decisioni algoritmiche siano accompagnate da un elevato tasso di trasparenza ed intellegibilità.

In primo luogo, come sostiene condivisibilmente una parte della dottrina³⁸, il privato incapperebbe non solo nell'opacità dell'algoritmo - in quanto ne verrebbe garantita la sola conoscibilità, e non la effettiva conoscenza³⁹ -, ma soprattutto nell'impossibilità di comprendere il processo decisionale che ha generato lo strumento informatico⁴⁰, nella misura in cui la parte che intende richiedere accesso dovrà affidarsi all'interpretazione tecnica di un esperto ed accettarne passivamente l'esito, in una ottica contraria al carattere proattivo del principio di trasparenza⁴¹.

³⁸ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, op. cit., 145.

³⁹ Un'indagine sulla differenza tra pubblicità e trasparenza è stata svolta da G. ARENA, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss., spec. 5947-5948. Secondo l'A., si parla di pubblicità ogni qualvolta l'atto sia conoscibile, ma la pubblicità assume le vesti della trasparenza quando, oltre alla conoscibilità - che è potenziale -, viene assicurata la conoscenza reale dell'atto, la sua comprensione, ed il relativo controllo. Per una più ampia analisi sulla differenza tra conoscibilità e conoscenza, su tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1024.

⁴⁰ In passato, vi era già chi riteneva che per assicurare la trasparenza nell'azione amministrativa - nel senso di predeterminare le scelte operate a monte dall'amministrazione - non fosse sufficiente garantire il mero accesso agli atti, bensì si riteneva necessario che le procedure fossero regolate in modo da rendere verificabile l'eshaustività del materiale acquisito, al fine di evitare «zone d'ombra nell'accordare indebite prevalenze a certe sfere di interesse, sacrificandone altri». Sul punto, A. POLICE, *La predeterminazione*, op. cit., 41. Dello stesso avviso, ma ancor prima, F. LEDDA, *Problema amministrativo*, op. cit., 138, affermava come l'esibizione degli atti del procedimento consentisse non solo la conoscibilità dei risultati delle operazioni compiute, ma soprattutto «la ragion d'essere di queste e quindi i criteri ed obiettivi dell'indagine».

⁴¹ Sul punto, si rimanda al recente studio di J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, 2018, in corso di pubblicazione in *Legal Studies*, ma già disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=32226. Secondo l'A., la sfida più grande riguarda l'intellegibilità delle decisioni di apprendimento automatico, e per tale motivo analizza le tre forme distinte della c.d. opacità algoritmica. La prima è l'opacità intenzionale, in cui il funzionamento del sistema è stato nascosto per proteggere la proprietà intellettuale. Il secondo è l'opacità analfabeta, dove un sistema è comprensibile solo a coloro che hanno la capacità tecnica di leggere e scrivere il codice. La terza è l'opacità intrinseca, dove il complesso processo decisionale di un sistema stesso è difficile da capire per

Richiamando gli insegnamenti di autorevole dottrina - anche straniera⁴² - si può sostenere che non è più sufficiente garantire la trasparenza - e dunque la possibilità di esercitare il diritto di accesso - dell'atto amministrativo, ma l'esigenza che si avverte è quella che - soprattutto nei procedimenti in cui l'utilizzo della tecnica costituisce la ragione della decisione - le amministrazioni pubbliche si muovano nella direzione della trasparenza dell'azione amministrativa⁴³, rendendo così intellegibile non solo l'atto conclusivo del procedimento, ma anche l'intero processo decisionale in un'ottica di maggiore tutela degli interessati e della collettività⁴⁴.

Nel caso in analisi, la decisione del Consiglio di Stato, nel confermare quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che - al fine di verificare la conformità dell'esito del procedimento robotizzato alle prescrizioni fissate a monte dalla legge o dalla stessa amministrazione in fase di predeterminazione dell'algoritmo - ritiene necessaria la garanzia del diritto di accesso al *software* che ha generato l'algoritmo⁴⁵, si muove erroneamente, ad avviso di chi scrive, nella direzione di sostenere la sufficienza della meno incisiva trasparenza dell'atto amministrativo rispetto ad una generale intellegibilità del

qualsiasi essere umano.

⁴² Per ciò che concerne alle problematiche dell'azione amministrativa automatizzata nell'ordinamento spagnolo, si veda I.M. DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de Administración pública*, 2009, 180, 353 ss., spec. 376-377. Secondo l'A. risulta necessario consentire agli interessati i criteri e le modalità che guideranno il procedimento; se ciò non dovesse essere garantito, il provvedimento sarebbe assunto in violazione delle garanzie procedurali attribuite al cittadino dalla legge sul procedimento amministrativo spagnolo.

⁴³ R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, 612 ss.

⁴⁴ D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3/2019. Gli Autori affermano come la pubblica amministrazione debba essere in grado di motivare e spiegare adeguatamente le decisioni assunte, non solo per ciò che attiene al contenuto finale (trasparenza dell'atto) ma soprattutto per rendere intellegibile il procedimento che ha condotto all'adozione della decisione. Ritiene invece che l'utilizzo degli algoritmi informatici nel procedimento amministrativo dovrebbe essere mediato da garanzie di trasparenza sul funzionamento degli strumenti di elaborazione e di imparzialità della loro applicazione, M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.

⁴⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Una ampia ricostruzione, seppure non pienamente condivisibile, viene svolta da I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 647 ss.

processo decisionale.

In secondo luogo, se dovesse accettarsi l'idea che il *software* costituisca il provvedimento amministrativo a tutti gli effetti, e non - come si ritiene più plausibile - una particolare tecnica che si colloca nel solco del processo decisionale⁴⁶, sarebbe in contraddizione con le direttrici che ne hanno segnato l'evoluzione in sede normativa. Nelle recenti pronunce giurisprudenziali e nell'interpretazione di una parte della dottrina, per i procedimenti amministrativi automatizzati si accoglie esclusivamente l'idea del diritto di accesso procedimentale, a spiccata tendenza difensiva, essendo lo stesso esercitabile esclusivamente in presenza di una lesione attuale del bene della vita cui il privato aspira. Tale lettura si pone in contrasto con una concezione a maglie più larghe dell'accesso civico, che in queste sede si intende valorizzare, la quale consentirebbe al privato di conoscere in concreto i dati che riguardano le pubbliche amministrazioni e di partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche⁴⁷.

In altre parole, il principio di trasparenza, soprattutto nei procedimenti automatizzati, non deve essere considerato quale fine ultimo da perseguire, accedendo alle esclusive informazioni dell'algoritmo, ma quale mezzo attraverso cui far rientrare il procedimento amministrativo nei parametri della c.d. «buona amministrazione»⁴⁸.

c) decisioni automatizzate e obbligo di motivazione

La decisione in commento si preoccupa anche di analizzare la necessità dell'obbligo di motivazione della decisione algoritmica, con un approccio evidentemente diverso rispetto a quello che gli stessi

⁴⁶ Ad avviso di F. MERUSI, *Conclusioni*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 313 ss., «la riduzione a formula matematica di alcune componenti della decisione può costituire un utile strumento istruttorio per la decisione, ma non sostituire la decisione».

⁴⁷ G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1, 2017, 894 ss., ritiene che «anche qualora si voglia definire l'accesso civico come «diritto individuale all'informazione amministrativa», esso andrà tutelato come diritto fondamentale solo entro i limiti delle finalità ad esso proprie, ossia la conoscenza di dati che riguardano le PA, dal momento che è stato riconosciuto ai cittadini per consentire ad essi di esercitare un controllo sulle PA e partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche, e non per conoscere informazioni riguardanti i privati».

⁴⁸ Da ultimo, A. AVERARDI, *La Corte costituzionale e gli obblighi di pubblicazione dei redditi dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 601, ma che la trasparenza fosse funzionale al diritto ad una buona amministrazione era già stato detto da S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 120.

giudici sembrano aver avuto con riguardo all'affermazione dei principi di trasparenza amministrativa e di partecipazione democratica. Infatti, mentre in un primo momento viene affermata l'illegittimità di quei «provvedimenti privi di alcuna motivazione, senza l'individuazione di un funzionario dell'amministrazione che abbia valutato le singole situazioni ed abbia correttamente esternato le relative determinazioni provvedimentali», in un secondo momento la decisione in analisi ha affermato che la caratterizzazione multidisciplinare dell'algoritmo - costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative - «non esime dalla necessità che la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice»⁴⁹.

Secondo la pronuncia, dunque, la motivazione è obbligatoria e non deve costituire un semplice richiamo all'algoritmo - nel senso di una motivazione numerica, la cui applicabilità, come sostiene autorevole dottrina⁵⁰ si porrebbe in contrasto con la ragion d'essere della motivazione - ma deve comprendere le ragioni di fatto e gli elementi di diritto che hanno condotto l'amministrazione a quella determinata decisione⁵¹.

Se la ragione della centralità dell'obbligo di motivazione si rinviene

⁴⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 5 ss., spec. 25, ritiene che alla luce dell'art. 13, co. 2, lett. f), del GDPR, l'interessato debba vedersi comunicato «informazioni significative» sulla logica utilizzata nel processo decisionale.

⁵⁰ È possibile rinviare, sul punto, agli spunti di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894 ss., la quale esprime un netto dissenso rispetto all'orientamento giurisprudenziale il quale riteneva che l'obbligo di motivazione fosse correttamente adempiuto anche attraverso il ricorso ad un punteggio numerico. Secondo l'A., lo «svuotamento» dell'obbligo di motivazione si fonda su una interpretazione anomala del principio del buon andamento. Ritiene che la motivazione numerica non sia una vera e propria motivazione, ma costituisca espressione del giudizio finale e ritiene illogica (sotto il piano logico e giuridico) l'idea di combinare valutazione numerica e motivazione del provvedimento, F.G. COCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, 2279 ss.; l'A. prosegue affermando che nei riguardi delle valutazioni tecniche, «il dato numerico esprime il giudizio complessivo sull'elaborato, ma non ha nulla a che fare con la motivazione. Il numero misura una quantità (un valore), ma non esprime nulla sul modo in cui viene determinata la quantità (il valore)».

⁵¹ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, op. cit., 151, sostiene come «la motivazione non si esaurisce nella semplice trasmissione dei files con il programma, ma richiede un processo discorsivo ulteriore, un'enunciazione di cui si rivaluta la componente comunicativa, informativa e la dimensione relazionale dell'istituto».

certamente nella necessità dell'amministrazione di legittimare l'esercizio del potere pubblico⁵², non si comprende perché nella decisione in analisi il giudice amministrativo non abbia svolto le medesime considerazioni sui principi di trasparenza e partecipazione democratica⁵³. In altre parole, per attribuire un grado sufficiente di legittimazione all'esercizio del potere, non sarà sufficiente all'amministrazione allinearsi rispetto all'obbligo di fornire una motivazione esaustiva⁵⁴, ma la stessa sarà tenuta a garantire al privato la «visione» delle attività svolte nella fase di predeterminazione dell'algoritmo e, successivamente, la «voce» per consentire ai privati di intervenire in maniera collaborativa nella fase antecedente all'avvio del procedimento⁵⁵.

Nel caso oggetto della decisione in analisi, una recente interpretazione dottrinale ha correttamente ritenuto che, pur volendo ammettere che la procedura automatizzata possa condurre ad un esito corretto - e ciò, come si è visto, non accade sempre - resta comunque l'ombra di un provvedimento senza motivazione, «con grave pregiudizio per le aspettative di tutela dei privati, dal momento che nella vicenda considerata la decisione amministrativa ha un impatto significativo sulla vita lavorativa dei docenti»⁵⁶.

4. La «cognizione piena» del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate

Ultimo profilo sollevato dalla decisione in analisi che merita di esse-

⁵² Questa tesi trova il suo più grande esponente in A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; più recentemente, ripercorrendo l'itinerario interpretativo di Romano Tassone, G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 463 ss.

⁵³ A. POLICE, *La predeterminazione*, op. cit., spec. 50-73, ritiene che la partecipazione, il procedimento e l'accesso agli atti, pur costituendo un moltiplicatore dell'esigenza di comprendere le scelte dell'amministrazione, non sono sufficienti, in quanto l'A. ritiene che sia necessario garantire l'imparzialità e soprattutto il legittimo affidamento del cittadino.

⁵⁴ Si condividono le opinioni espresse da V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019, 143, il quale ritiene come la motivazione assuma un valore centrale nell'ottica di garantire, per un verso, la trasparenza del processo decisionale e, per altro verso, per legittimare l'azione dell'amministrazione.

⁵⁵ In questi termini, e sulla necessità di privilegiare un contraddittorio orale che meglio possa svelare gli interessi dei privati, M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.

⁵⁶ M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019, n. 16.

re analizzato attiene al ruolo del giudice amministrativo nelle decisioni automatizzate che, oltre ad incrociare alcuni tratti del dibattito già noto relativo al rapporto tra procedimento e processo amministrativo⁵⁷, tocca anche la questione della separazione tra le funzioni amministrative e quelle giurisdizionali, ed in particolare dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo⁵⁸.

I nodi sottesi a tali questioni - che in questa sede non possono essere esauriti, ma su cui ci si può intrattenere al punto di mostrare come le decisioni algoritmiche oggi soffrano di effettivi vuoti di tutela procedimentale - affondano le proprie radici nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa, la quale oltre ad affermare che la regola algoritmica debba essere sottoposta «alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo», ritiene che tale esigenza - di sindacato pieno - risponda all'obiettivo di consentire una valutazione sulle modalità di esercizio del potere. Effettuando un passo indietro, e dunque tornando al ruolo della pubblica amministrazione nei procedimenti caratterizzati dalla presenza di algoritmi, si è provato a verificare come l'esercizio del potere sia svolto esclusivamente nel momento della predeterminazione delle regole, non assicurando al privato (tra le altre cose) la possibilità di svelare e tutelare il proprio interesse in sede procedimentale. Un tale approccio potrebbe condurre alla conseguenza di privare l'amministrazione, nella misura in cui questa abbia dismesso il ruolo di attrice protagonista a favore di quello di regista, del suo compito di rendere effettive una serie di garanzie che, altrimenti, non potrebbero essere tutelate con la stessa forza in sede processuale.

Questa conclusione, come è intuibile, non sembra essere fine a se stessa, nella misura in cui nelle procedure automatizzate il rapporto di forza tra amministrazione e giudice amministrativo sembra essere ormai sbilanciato a favore di quest'ultimo, il

⁵⁷ Diversa è la letteratura che si è occupata del tema. Per una indagine che muove dal principio della separazione dei poteri, per poi arrivare alle risoluzioni alternative delle controversie e alla funzione giustiziale della pubblica amministrazione, cfr. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017. Lo studio condotto invece da M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Napoli, 2012, mette in luce come l'applicazione dell'art. 6 CEDU renda necessario il riconoscimento di poteri più pervasivi al giudice amministrativo rispetto al passato, allargando le maglie non solo della tutela processuale, ma estendendo l'area di operatività dei principi sull'equo processo anche al campo del procedimento amministrativo.

⁵⁸ Su questi temi, recentemente, F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 4, 499 ss.

quale oltre a dover sindacare le modalità di esercizio del potere (di predeterminazione delle regole), dovrà svolgere, per la prima volta sul piano umano, delle valutazioni mai effettuate in sede procedimentale⁵⁹.

In tal senso, il quadro così ricostruito sembrerebbe realizzare uno spostamento della sede del bilanciamento degli interessi, che passa da essere prerogativa della funzione amministrativa ad operazione appannaggio della funzione giurisdizionale.

Anche il tema del sindacato giurisdizionale sulle decisioni prese in base ad un algoritmo risulta essere di particolare interesse, se non altro perché la pronuncia in analisi offre la possibilità di svolgere alcune considerazioni in ordine alla - contestata ed ampiamente dibattuta⁶⁰ - sovrapposibilità tra giudizio di merito e giudizio di legittimità nel contesto delle decisioni automatizzate.

Il dato problematico del dialogo tra le modalità di sindacato del giudice amministrativo emerge, evidentemente, dal richiamo nella pronuncia - forse eccessivamente generico - ad una piena cognizione e ad un pieno sindacato giurisdizionale per le decisioni algoritmiche. Sebbene infatti il giudice amministrativo affermi che tale esigenza costituisca una irrinunciabile necessità, cioè quella di sindacare le modalità di esercizio del potere amministrativo, l'assenza di un apporto umano nella fase procedimentale induce a ritenere che il raggio d'azione del sindacato del giudice amministrativo sposti il proprio baricentro ad un momento antecedente rispetto alla valutazione sulle modalità di esercizio della funzione. Tuttavia, si ritiene che una tale lettura non attribuisca, automaticamente, la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alla decisione automatizzata⁶¹.

⁵⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica*, op. cit.

⁶⁰ Già in passato si discuteva sulla problematica di una eventuale sovrapposizione tra giurisdizione di legittimità e di merito. Si vedano in particolare i lavori di F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1388, - il quale riteneva che non fosse possibile pensare al giudizio di merito come giudizio appendice di un giudizio di legittimità, e che la stessa giurisdizione di merito non consentisse di ampliare la sfera della tutela del privato nei confronti dell'amministrazione - e di E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, sempre in *Nuova rass.*, 1981, 1416, il quale, nel condividere l'interpretazione fornita da Scoca sul punto, sosteneva la tesi di una maggiore valorizzazione del perimetro della legittimità, attraverso la ridefinizione dei vizi e la piena cognizione del fatto.

⁶¹ Tale ipotesi è sostenuta da autorevole dottrina. Sul punto, A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Ro-*

Di talché, ciò che pare rilevante sottolineare è che rispetto al tema delle decisioni algoritmiche non sembra esservi la necessità per l'interprete, come affermato da alcuni⁶², di far riemergere la distinzione delle due categorie⁶³ - merito e legittimità - ma ribadire la centralità del dovere in capo all'amministrazione di esercitare la funzione di garante delle regole procedurali (come, ad esempio, garantire in concreto il principio di trasparenza), evitando così una prima valutazione in sede processuale, fase nella quale il provvedimento potenzialmente avrebbe già potuto dispiegare i propri effetti nei confronti dell'interessato⁶⁴.

5. Considerazioni conclusive

La pronuncia in analisi, oltre a svelare alcuni punti deboli dei procedimenti automatizzati che, come si è avuto modo di vedere, si rinvergono nel deficit di garanzie procedurali per il privato interessato dal provvedimento, risulta di particolare interesse in quanto segna il passaggio dalla necessità dell'apporto umano anche nei procedimenti automatizzati a modelli procedurali caratterizzati dalla impersonalità amministrativa.

In tal senso, sembra necessario recuperare l'idea di quella giurisprudenza che, nel 2018, ha ritenuto che non vi è «complicatezza o ampiezza ... di una procedura amministrativa, [che possa] legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o ma-

mano, Napoli, 2001, vol. II, 1449-1450; da ultimo, F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 8, ritiene che l'accettazione di una tale tesi di stampo prettamente oggettivistico non impone, di per sé, un mutamento del sindacato giurisdizionale nel senso di una giurisdizione di merito, laddove anche nel giudizio di legittimità l'interesse pubblico sia in concreto tutelato, e ciò in relazione alla circostanza per la quale l'amministrazione è parte attiva del rapporto processuale.

⁶² F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica*, op. ult. cit.

⁶³ Condividendo in questa sede le opinioni di autorevole dottrina, da cui emerge come la lettura dell'art. 34 c.p.a. - in cui si afferma che anche il giudice di legittimità sia dotato non solo del c.d. potere conformativo, ma anche del potere di garantire che l'amministrazione si adegui al giudicato amministrativo - consenta di ritenere che non vi sia una «differenza sconvolgente» tra il giudizio di legittimità ed il giudizio di merito, auspicando che tale ultima giurisdizione non resti più in vigore. Così, F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.

⁶⁴ Per ciò che attiene agli studi che hanno valorizzato il carattere doveroso della funzione amministrativa, si vedano S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa*, op. cit., e M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa*, op. cit., ai quali si rimanda anche per i riferimenti bibliografici.

tematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione»⁶⁵.

Nonostante i casi analizzati siano ancora pochi per poter trarre un bilancio sugli orientamenti della giurisprudenza, una eventuale conferma di interpretazioni che favoriscano l'impersonificazione amministrativa alla valutazione umana solleverebbe una serie di dubbi.

In primo luogo, se così fosse, ci si chiede se ad oggi abbia ancora senso la figura del responsabile del procedimento, nella misura in cui l'istituto di cui agli artt. 4 e ss. della legge generale sul procedimento amministrativo nasceva sia allo scopo di migliorare il rapporto tra amministrazione e cittadini⁶⁶, sia al fine di risolvere la «sindrome kafkiana del castello praghese»⁶⁷, in cui l'amministrazione senza volto e l'impersonalità degli uffici non consentivano un dialogo con i cittadini.

Una lettura in tale direzione potrebbe condurre a ritenere che l'obiettivo dei procedimenti automatizzati non sia tanto rinvenibile nella (sola) accelerazione del processo decisionale ma, piuttosto, nella volontà di *bypassare* - fino a fare esaurire - il potere amministrativo⁶⁸. Il ricorso agli algoritmi, al netto delle affermazioni in ordine ai vantaggi in termini di celerità dell'azione amministrativa, si accentua in una stagione in cui il grado di fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione - vuoi per le vicende di corruzione che condizionano lo svolgimento parziale dell'attività amministrativa, vuoi per gli eccessivi oneri

⁶⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, cit.

⁶⁶ M.C. CAVALLARO, N. GULLO, M. IMMORDINO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 525 ss.

⁶⁷ Così si esprime B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 178.

⁶⁸ Si condividono le opinioni espresse da R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 61, la quale nel ritenere paradossale che l'amministrazione, per non essere di ostacolo, debba essere diretta nella logica dell'amministrazione di risultato, afferma al tempo stesso che «una amministrazione troppo orientata alla logica del risultato può tradursi in una amministrazione che vanifica il complesso sistema di garanzia e di tutela offerta dai principi generali».

procedimentali che, rallentando il processo decisionale, incidono sul pieno soddisfacimento del bene della vita cui il privato aspira - è ormai ai minimi storici, in cui ci si chiede «che cosa resta della pubblica amministrazione»⁶⁹.

Quel che si può dire con un buon grado di certezza è che nei procedimenti automatizzati «resti» poco alla pubblica amministrazione.

Se si considera, infatti, che l'amministrazione al proprio interno non è organizzata al punto tale da ideare e realizzare l'algoritmo, che sarà alla base del provvedimento amministrativo, la realizzazione dello strumento di intelligenza artificiale dovrà essere affidata, attraverso l'esternalizzazione, ad una società⁷⁰.

Dunque, se l'amministrazione si rivolge al mercato perché il proprio organico non è in grado di conoscere le modalità di realizzazione dell'algoritmo, al tempo stesso il personale pubblico non sarà neanche in grado di valutare - e quindi controllare - la bontà dello strumento di intelligenza artificiale realizzato. Tale notazione, tuttavia, potrebbe stimolare (o forse imporre) una riflessione a più ampia prospettiva sulla centralità che oggi assume l'organizzazione interna delle singole amministrazioni, in quanto, come sostenuto di recente, i problemi principali che sembrano emergere sono circoscrivibili alla limitata competenza scientifica del personale⁷¹, nonché alla progressiva erosione delle strutture tecniche all'interno dell'amministrazione⁷².

Ma se, ad oggi ed in una lettura orientata sul lungo periodo, sembra condivisibile l'intenzione di voler inserire soggetti dotati delle competenze tecniche per la programmazione dell'algoritmo nell'organizzazione del personale, resterebbe sullo sfondo un ulteriore problema. Quello, cioè, di dover formare giuridicamente i programmatori, al fine di consentire ai tecnici di conoscere le conseguenze

⁶⁹ A conferma della rilevanza del tema, cioè quello di un progressivo esaurimento dei poteri amministrativi, si veda il numero della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1.

⁷⁰ Sulla carenza delle competenze tecniche all'interno dell'organizzazione del personale amministrativo, si veda L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 249 ss.

⁷¹ A. AVERARDI, L.F. SAN MAURO, *Ragionare per reclutare: la logica nei (e dei) concorsi pubblici*, in www.diritto-amministrativo.org, 17.

⁷² Di recente, F. SAVO AMODIO, *Il genio civile. La competenza perduta?*, in www.diritto-amministrativo.org; G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia Unità*, e L. FIORENTINO, *I corpi tecnici delle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, rispettivamente 469 ss., e 479 ss.

di diritto derivanti dall'inserimento di dati errati.

Per concludere, la carenza di competenze e di strutture tecniche, nonché la conseguente esternalizzazione della programmazione dell'algoritmo, sembrerebbero incidere su una serie di punti.

Il primo è che in un procedimento amministrativo, sebbene automatizzato, il mancato esercizio del potere di controllo si contrappone sempre con l'idea di una buona amministrazione. Secondo una recente interpretazione della dottrina, sarebbe a tal fine necessaria la creazione di organismi indipendenti di controllo in via amministrativa «che abbiano una funzione di sorveglianza e di approvazione degli algoritmi come codici e del loro modo generale di operare, nonché di garanzia del loro corretto funzionamento»⁷³.

Il secondo è che in assenza di tale organismo indipendente e, più in generale, di una amministrazione che sia in grado di controllare l'esito dell'algoritmo informatico, si potrebbe addirittura sostenere che le decisioni siano assunte in contrasto con il principio di legalità - e ciò non poiché, come ritenuto da alcuni, l'utilizzo degli algoritmi nel settore pubblico non sia regolato da una norma di legge⁷⁴, ma - in quanto la mancanza della fase di controllo consentirebbe (indirettamente) al privato di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo.

Le riflessioni svolte nel primo e nel secondo punto, in conclusione, potrebbero far emergere un terzo profilo critico. Se, come si è provato a sostenere, la parentesi discrezionale in materia di algoritmi si esaurisce nella fase di programmazione dello stesso, fase all'interno della quale dovrebbe essere esercitato un potere di controllo - che allo stato manca - da parte dell'amministrazione, si potrebbe sostenere che l'esternalizzazione dell'algoritmo coincida, a ben vedere, con l'esternalizzazione della funzione amministrativa. Volendo condividere l'opinione di chi ritiene ancora centrale la distinzione tra funzione e servizio pubblico⁷⁵, nonostante ad oggi vi siano posizioni dirette alla creazione di uno statuto unico dell'amministrazione per il perseguimento di un pubblico interesse⁷⁶, si ritiene che la

⁷³ In questi termini, I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 3, 643 ss.

⁷⁴ Sul punto, da ultimo, cfr. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. giur. econ.*, 2019, 1, 47 ss.

⁷⁵ Analizza tale profilo, seppur su altro tema, F. Liguori, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018.

⁷⁶ M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, 297.

possibilità di avvalersi del ricorso al mercato sia ammissibile esclusivamente nei casi di attività vincolata, e non anche laddove emerga l'esercizio del potere discrezionale⁷⁷.

Per tali ragioni, le aperture della recentissima pronuncia del Consiglio di Stato - Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 - all'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale ai procedimenti discrezionali non sembrano, almeno allo stato attuale, poter essere condivise, nella misura in cui non pare possibile affidare ad un privato la potestà pubblica di imperio, che la legge attribuisce all'amministrazione per l'esercizio della funzione in senso stretto.

⁷⁷ In tal senso, F. LIGUORI, *I servizi culturali*, *op. cit.*, 3.

Brevi considerazioni sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari

ANTONIO LIGUORI

(Dottorando di ricerca in Architettura, Disegno industriale e Beni culturali presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Avvocato del Foro di Napoli)

Abstract

Il contributo offre brevi riflessioni sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari ad opera del cosiddetto Decreto sicurezza, con particolare riguardo ai profili di contrasto della nuova disciplina con gli obblighi internazionali e con il diritto di asilo disciplinato dall'art. 10 comma 3 della Costituzione.

The paper offers brief reflections on the abrogation of the residence permit for humanitarian reasons by the so-called Security Decree, with particular regard to the profiles of contrast of the new discipline with international obligations and with the right of asylum governed by art. 10 paragraph 3 of the Constitution.

Sommario: 1. Il Decreto sicurezza e le nuove misure in materia di protezione internazionale - 2. La protezione umanitaria nell'ordinamento italiano: eliminare per evitare di correggere - 3. Segue: La tipizzazione legislativa dei casi di protezione umanitaria: nuovi sistemi per escludere - 4. Conclusioni.

1. Il Decreto sicurezza e le nuove misure in materia di protezione internazionale

Con il D.L. 113/2018 recante “*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*”, il Governo italiano ha apportato una serie di rilevanti modifiche al Testo unico sull'immigrazione¹.

Il Decreto è composto da tre titoli aventi ad oggetto riforme del diritto d'asilo, riforme della cittadinanza e misure di contrasto alla criminalità organizzata.

Il primo articolo introduce nuove disposizioni in materia di concessione dell'asilo e prevede l'abolizione della protezione per motivi umanitari che era prevista dal Testo unico sull'immigrazione. Si tratta senz'altro della modifica maggiormente significativa e che desta le più grandi perplessità². Il permesso di soggiorno per motivi umanitari viene di fatto sostituito dai cd. “*permessi speciali temporanei*”. Si prevede la possibilità di concedere un permesso di soggiorno ai cittadini stranieri esclusivamente laddove ricorrano gravi motivi di salute, calamità naturali nei paesi di origine, atti di valore civile oppure laddove lo straniero sia riconosciuto quale una vittima di tratta, di violenza o sfruttamento lavorativo. Ai sensi dell'art. 19 del Testo unico, resta la facoltà di riconoscere la protezione umanitaria ai cittadini stranieri che potrebbero essere perseguitati nei paesi di origine.

In Italia - con un trend in netta diminuzione dal 2018 - sono state presentate 130mila domande di protezione internazionale: il 52 per cento delle richieste è stato respinto, nel 25 per cento dei casi è stata concessa la protezione umanitaria, all'8 per cento delle persone è sta-

¹ Il cd. “*Decreto sicurezza*” è stato convertito con legge n. 132 del 1.12.2018, pubblicata in *Gazzetta ufficiale* del 3.12.2018 n. 281.

² Cfr. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, n. 1/2019, p. 26; E. KHANARI, T. SPANDRIO, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D. L. 113/2018*, in www.dirittifondamentali.it, n. 2/2018 p. 13 e ss.; C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il d.l. 113/2018?*, in www.questionegiustizia.it, 2019, par. 2.

to riconosciuto lo status di rifugiato, un altro 8 per cento ha ottenuto la protezione sussidiaria, il restante 7 per cento ha ottenuto altri tipi di protezione³. La lettura dei dati lascia intendere in maniera eloquente che circa il 25% degli stranieri in cerca di protezione, a seguito delle modifiche introdotte dal Decreto sicurezza, non avrebbero più modo di ottenere un permesso di soggiorno in Italia.

2. La protezione umanitaria nell'ordinamento italiano: eliminare per evitare di correggere

L'innovazione in questione è senz'altro una delle più allarmanti nell'ambito del Decreto sicurezza⁴. Le principali riserve riguardano in primo luogo la opportunità della scelta del Governo italiano di indebolire le già precarie forme di attuazione del diritto di asilo costituzionale. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari⁵, strumento indubbiamente insoddisfacente rispetto ai principi costituzionali di riferimento, rappresentava una misura eccessivamente elastica e discrezionale⁶ che, tuttavia, ha fornito la possibilità di offrire una qualche forma di tutela - in misura minore rispetto allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria⁷ - ad un gran numero di stranieri.

³ Dati consultabili sul sito www.interno.gon.it

⁴ È significativo in tal senso il dato che il Presidente della Repubblica, contestualmente all'emanazione del decreto legge in materia di sicurezza e immigrazione, n.113/2018, convertito nella l. 132/2018, abbia ritenuto opportuno inviare una lettera al Presidente del Consiglio rimarcando che *“restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia”*.

⁵ M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, 99 ss.; F. GALLO, *La protezione umanitaria nell'interpretazione delle corti territoriali calabresi e delle giurisdizioni superiori*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2013, n. 2, 90 ss. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, p. 109 e ss.; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 1, p. 32 e ss..

⁶ M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, cit., pag. 100 e ss..

⁷ Cfr. A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *costituzionalismo.it* n. 2/2018, p. 102, laddove si afferma che *“Il permesso per motivi umanitari, nella prassi, con un'interpretazione avallata anche dalla Cassazione, viene a configurarsi come una terza forma di asilo, un asilo “minore” rispetto al riconoscimento dello status di rifugiato e alla protezione sussidiaria: uno strumento che, insieme alle due ipotesi di protezione internazionale, i cui presupposti (rispettivamente, in sintesi, timore fondato di subire una persecuzione e rischio di un danno grave) sono molto più rigidi dell'impedimento all'«effettivo esercizio delle libertà democratiche» della norma costituzionale,*

Tale misura rappresentava, mantenendo un carattere di forte atipicità, la più lieve forma di protezione internazionale, ed era prevista, fino all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

La misura della protezione umanitaria fu introdotta dalla l. n. 40 del 1998 quando ancora il sistema comunitario di protezione internazionale non era entrato in vigore e confluì in un secondo momento nel d.lgs. n. 286 del 1998 (T.U.I.). L'entrata in vigore della protezione sussidiaria con il d.lgs. n. 251 del 2007 fece affermare alle S.S.U.U. della Corte di Cassazione che questa si potesse considerare alla stregua di una residuale clausola di salvaguardia del sistema, destinata ad un ruolo di carattere marginale a seguito della attuazione della nuova misura⁸.

Come si evince dalla Relazione n. 108 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, la interpretazione della protezione umanitaria che si poteva ricavare dalla citata sentenza delle Sezioni Unite fu superata dalla successiva giurisprudenza delle sezioni semplici: *“La Corte di Cassazione, Sez. VI, con sentenza n. 24544/2011, Rv. 619703-01, affermò la spettanza di questa più breve e tenue misura tutoria quando le gravi ragioni di protezione accertate, aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla maggiore tutela, fossero solo temporalmente limitate. Ma anche questa impostazione venne superata precisandosi, per tutte in Sez. 6-1, n. 4230/2013, Rv. 625460-01 (ed in in per la giurisprudenza conforme), che i requisiti della protezione sussidiaria non coincidono con quelli che consentono l'adozione di una misura atipica di protezione umanitaria, il cui fondamento risiede nel principio di non refoulement di cui all'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, fondato su ragioni umanitarie nuove o diverse da quelle che già oggetto del procedimento per il riconoscimento di protezione internazionale, dovendosi valutare la “novità” non solo in senso oggettivo ma anche - ove i fatti o i fattori di rischio siano state appresi medio tempore - in senso soggettivo”*.

In buona sostanza, venne in breve tempo sancita la non sovrapposibilità della protezione umanitaria con gli altri strumenti della protezione internazionale, smentendone per questa ragione il carattere residuale rispetto a questi ultimi. Il tema non è di poco conto, posto che si fa derivare tale tipo di protezione dall'autonomo divieto internazionale di *non-refoulement*⁹ rispetto al quale - a seguito della rimozione

concretizzerebbe l'asilo costituzionale, privo di una legge di attuazione da ormai settant'anni?”.

⁸ Cfr. Cass. civ. Sez. Un., n. 11535/2009, Rv. 608145-0112.

⁹ Il divieto di non-refoulement è disciplinato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 e sancisce il divieto d'espulsione e di rinvio al confine:

dello specifico strumento di protezione ad opera del Decreto sicurezza - l'ordinamento italiano risulta sfornito di specifiche misure per ottemperare efficacemente a tale obbligo internazionale¹⁰.

Sebbene la protezione umanitaria sia stata definita come una imperfetta trasposizione del dettato costituzionale in tema di asilo, in ragione del carattere temporaneo e della incertezza legata alla impossibilità di tipizzazione delle innumerevoli situazioni potenzialmente meritevoli di tutela, la prassi applicativa in tempi recenti rileva in realtà il costante ed efficace ricorso a tale strumento, proprio in ragione della maggiore flessibilità ed indeterminazione rispetto alle più pregnanti forme di protezione rappresentate dal riconoscimento dello status di rifugiato e dalla protezione sussidiaria. È senz'altro eloquente quanto sostenuto nella Relazione governativa al D.L. 113/2018, laddove - oltre a certificare il sempre maggiore ambito di applicazione della misura in tempi recenti, malgrado il talvolta paventato carattere residuale - si riconosceva la ampia discrezionalità dello strumento, che lasciava ampi margini ad una interpretazione estensiva giudicata *“in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario”*.

3. La tipizzazione legislativa della protezione umanitaria: nuovi sistemi di esclusione

Le fattispecie tipizzate introdotte dalla nuova disciplina riguardano i cd. permessi speciali, che ricomprendono: a) i motivi di protezione sociale; b) le vittime di violenza domestica; c) il permesso di soggiorno per particolare sfruttamento lavorativo; d) il permesso di soggiorno per cure mediche di particolare gravità (che non può essere superiore ad un anno e che comunque deve essere corrispondente ai tempi di prognosi documentati); e) permesso di soggiorno per protezione speciale concesso nei casi di pericolo di persecuzione o tortura nel caso di rimpatrio; f) permesso di soggiorno per particolare e contingente calamità naturale nel paese di origine; g) permesso di soggiorno per atti di valore civile. Salvo che per quest'ultimo caso,

“Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini dei territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese.”

¹⁰ A. ALGOSTINO, *Il Decreto sicurezza*, cit., p. 180.

tali permessi speciali rientrano nella competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione, introdotte dall'art. 1, comma 2, lett. a) e b), del d.l. n. 13 del 2017, conv. in l. n. 46 del 2017 in composizione collegiale, le cui pronunce non sono appellabili.

I cd. permessi speciali non sembrano ricoprire interamente le varie ipotesi di divieto di respingimento derivanti dalla giurisprudenza Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹. Sia perché non ricomprendono tutte le ipotesi di trattamenti inumani e degradanti, sia perché risultano degli strumenti assai più precari della protezione umanitaria abrogata. Si è deciso, infatti, di dimezzarne il corso di validità (il “permesso speciale” ha durata di un anno, rispetto alla protezione umanitaria che aveva durata biennale) e si è sancita la non convertibilità in permesso di lavoro, al contrario di quanto previsto dalla disciplina previgente.

Prescindendo dai risvolti prettamente pratici della riforma, è evidente che la valutazione delle innovazioni introdotte con il Decreto sicurezza sia una questione di prospettive. Che la materia si presti ad essere osservata con lenti diverse è dimostrato dalla divergenza tra le valutazioni poste alla base dell'intervento governativo rispetto alle precedenti osservazioni della dottrina.

Il Governo sopprime la protezione umanitaria in quanto ritiene che la sua elasticità si traduca in un eccessivo *favor* per lo straniero in cerca di tutela. Al contrario, la dottrina, pur avendone parimenti stigmatizzato la portata eccessivamente discrezionale, giustificava tale valutazione per ragioni diametralmente opposte. Oltre a criticare le intuibili difficoltà applicative, si rimarcava in particolare che l'elasticità della misura rendeva la medesima uno strumento insufficiente rispetto alla tutela dei diritti umani *lato sensu*, ed in quanto tale non risultava pienamente conforme al dettato costituzionale e agli obblighi internazionali che aspirano alla tutela della persona umana e della sua dignità. Il tema della inadeguatezza della protezione umanitaria è stato, dunque, affrontato in dottrina partendo dal presupposto che tale misura risultava inidonea a mettere al riparo da gravi violazioni delle norme internazionali e costituzionali che regolano la condizione dello straniero. Non certo, dunque, dalle ragioni che emergono dalla relazione governativa, che invece fanno leva sul presunto contrasto con “*con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario*”.

¹¹ Cfr. S. ALBANO, *Diritto di asilo costituzionale, obblighi internazionali dello Stato italiano ed abrogazione della protezione umanitaria*, p. 41 e ss., in G. SANTORO (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, 2018.

L'equivoco di fondo è rappresentato dal fatto che una prospettiva quale quella adottata dal Governo italiano pone serie questioni di compatibilità con i principi generali in materia di diritti della persona umana, in ragione del fatto che - in tale ambito - il principio generale che dovrebbe regolare le normative a livello nazionale ed internazionale, così come il dialogo tra le varie Corti sovranazionali, è quello orientato ad accordare la maggior tutela possibile in materia di protezione dei diritti della persona umana. Per tale motivo, la soppressione di una forma di protezione in ragione della sua adattabilità ad un gran numero di situazioni sembrerebbe, di per sé, in contrasto con i principi generali che regolano la materia. D'altro canto, non si fa mistero della volontà di innovare il sistema della protezione internazionale al solo fine rendere maggiormente precaria la condizione degli stranieri in Italia.

Resta in ogni caso da stabilire se questo intento - prescindendo da profili più specifici che attengono alle singole misure adottate - possa ritenersi compatibile con gli obblighi internazionali¹² in materia di diritti della persona umana e con il dettato costituzionale¹³, ed in particolare con gli artt. 2, 10 e 117 comma 1 della Costituzione.

La derivazione del titolo di soggiorno dal quadro costituzionale dei diritti umani - e dunque dai principi generali che ne regolano la applicazione - è confermata d'altro canto da alcune recenti innovazioni legislative di origine eurounitaria che, sebbene introducendo figure tipizzate di permessi umanitari, hanno rimarcato in chiave positiva la sua adattabilità a situazioni emergenti non predicibili¹⁴.

È significativo il dato che la Direttiva comunitaria n. 115/2008, all'art. 6, par. 4, prevede che gli Stati possano rilasciare in qualsiasi momento, «*per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura*», un permesso di soggiorno che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, al riguardo, chiarito che «*gli Stati membri possono concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, purché*

¹² Cfr. C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Rivista di diritto internazionale* n.1 del 2019, p. 164 e ss..

¹³ Cfr. M. ACIERNO *La protezione umanitaria...*, cit., p. 100 e ss.; v. Cass. S.U. n. 19393/2009; Cass. civ. n. 4455/2018. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario*, cit..

¹⁴ Sul rilievo che la protezione umanitaria non si presti, per definizione, ad opere di tipizzazione si veda Cass. sent. n. 4455/2018.

non modificchino i presupposti e l'ambito di applicazione della disciplina derivata dell'Unione¹⁵". Il principio è confermato dall'art. 3 della Direttiva n. 95/2011, che consente l'introduzione o il mantenimento in vigore di disposizioni più favorevoli in ordine ai presupposti sostanziali della protezione internazionale, "*purché non incompatibili con la direttiva medesima*". In quest'ottica, si evince come la tipizzazione sia incoraggiata a livello sovranazionale per favorire lo sviluppo più ampio possibile delle forme di protezione umanitaria e non certo al fine di impedire che queste possano essere concesse agli stranieri con margini di discrezionalità troppo elastici.

4. Conclusioni

Il sistema della protezione umanitaria era già stato oggetto di critiche in passato, ma per motivi diametralmente opposti a quelli che hanno guidato la riforma. In particolare, ci si era interrogati sulle caratteristiche di tale strumento per due ordini di ragioni.

La prima riguardava la possibilità che le questure si pronunciasse su quello che la Cassazione ha definito come un diritto soggettivo¹⁶. La seconda atteneva alla conformità con gli obblighi internazionali di una misura di protezione avente carattere temporaneo¹⁷. Le criticità erano ad ogni modo concordemente tollerate in ragione della prevalenza di un approccio pratico al delicato tema della protezione dei diritti umani, anche in ragione dell'analisi dei dati confortanti in ordine al ricorso a tale strumento, che è stato in grado negli anni di fornire tutele alle situazioni giuridiche non rientranti nei più stringenti limiti del riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria.

La prassi è indicativa del costante ricorso alla protezione umanitaria. La soppressione di tale ultima misura di protezione ad opera del Decreto sicurezza - tralasciando l'auspicabile possibilità di interpretare la nuova normativa in senso costituzionalmente orientato - permette di prevedere che i casi di diniego di protezione internazionale rivol-

¹⁵ Cfr. sent. 09.11.2010, caso Germania c. B. e D., C-57/09, C-101/09.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., ord. n. 11535/2009.

¹⁷ Parte della dottrina ha sottolineato le criticità di associare il criterio della temporalità ad un istituto che costituisce una delle forme di attuazione del diritto di asilo costituzionale. La riconduzione dell'istituto all'alveo dei diritti umani avrebbe reso maggiormente opportuno prevedere un soggiorno per un tempo massimo indeterminato a priori, anche perché collegato ad eventi futuri ed incerti indipendenti dallo straniero: cfr. N. ZORZELLA, ult. op. cit. p. 11.

ti all'Italia siano destinati ad aumentare in modo esponenziale. Non esattamente un successo in termini di evoluzione delle tutele dei diritti della persona umana.

Chiarite le discutibili motivazioni che hanno mosso il Governo italiano, la soppressione della protezione umanitaria come categoria generale sembrerebbe privare l'ordinamento di un utile strumento idoneo a scongiurare possibili violazioni degli obblighi internazionali e costituzionali.

Ancora una volta si deve sottolineare che, in linea puramente teorica, l'attività di tipizzazione è in astratto da salutare positivamente, posto che contribuisce a rendere maggiormente certi i diritti degli stranieri in uno Stato terzo. È evidente però che l'attività intrapresa dal Governo italiano sia finalizzata non a favorire la certezza dei rapporti giuridici, bensì a circoscrivere e a limitare le ipotesi di protezione umanitaria nei casi non tassativamente previsti dalla legge, riducendo di fatto gli standard di protezione degli stranieri in emergenza umanitaria.

Resta da chiarire quale sia la disciplina da applicare per dare diretta attuazione agli obblighi internazionali e costituzionali, laddove è indiscutibile la portata precettiva del diritto di asilo costituzionale previsto dall'art. 10 comma 3 della Costituzione. L'abrogazione di una delle forme di attuazione di tale norma costituzionale, insieme con la protezione sussidiaria ed il riconoscimento dello status di rifugiato, non esonera lo Stato italiano dal riconoscimento dei diritti fondamentali ai richiedenti asilo presenti sul territorio nazionale. Una soluzione ipotizzabile appare pertanto, fatta salva la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale, quella di interpretare il Decreto sicurezza in senso costituzionalmente orientato e, dunque, di riconoscere in ogni caso protezione internazionale a coloro che, pur non rientrando nelle categorie predeterminate dal Legislatore, richiedano l'applicazione diretta delle tutele dei diritti fondamentali derivanti dagli obblighi internazionali e costituzionali¹⁸.

¹⁸ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna*, cit., p. 38.

Dal “principio della moglie di Cesare” alle convenzioni internazionali contro la corruzione: il *de praeterito* e il *de futuro* del conflitto di interessi

FRANCESCO ARMENANTE

(Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Salerno – Professore aggregato di Scienza dell'amministrazione)

Abstract

Il lavoro si occupa della recente normativa relativa al conflitto di interessi. Dopo un sintetico richiamo alle convenzioni internazionali ed alle matrici storiche dell'istituto, tese anche ad evidenziare la diversità ontologica con le fattispecie illecite e penalmente rilevanti, ci si è soffermati sulla novella recata dalla l. n. 190 del 2012, che ha introdotto l'art. 6 bis alla legge sul procedimento amministrativo. In particolare, richiamando pertinenti e recenti indirizzi giurisprudenziali sono stati forniti criteri interpretativi tesi a chiarire la portata applicativa dell'istituto in esame, in special modo nel settore degli affidamenti dei contratti pubblici, rispetto ai quali si registra anche l'intervento dell'Anac. Al contempo sono state evidenziate le possibili anomalie derivanti da un'impropria e generalizzata applicazione della disciplina, capaci di inibire gli stessi poteri gestionali qualora la sussistenza di un conflitto di interesse venga ancorata a situazioni ambientali e socio-economiche eccessivamente generiche e indeterminate.

The work is about the recent conflict of interest legislation. After a brief reference to the international conventions and to the historical matrices of the institute, aimed also at highlighting the ontological diversity with the illicit and criminally relevant cases, we have focused on the news presented by the L. n. 190/2012, which introduced the art. 6 bis to the law on administrative pro-

ceedings. In particular, recalling pertinent and recent jurisprudential addresses, interpretative criteria have been provided to clarify the applicative scope of the institution in question, especially in the field of awarding of public contracts, with respect to which there is also the intervention of the ANAC. At the same time the possible anomalies deriving from an improper and generalized application of the discipline have been highlighted, capable of inhibiting the same management powers if the existence of a conflict of interest is anchored to excessively generic and undetermined environmental and socio-economic situations.

1. La prevenzione dei fenomeni corruttivi rappresenta una sfida, storica e globale, che ordinariamente permea le plurime legislazioni afferenti l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione. Tralasciando, nella presente sede, le, pur interessanti e stimolanti, ricostruzioni diacroniche e interdisciplinari, rispetto alle quali si registra una vastissima letteratura¹, l'analisi che segue riguarderà i più recenti pronunciati giustiziali, oltre che le discipline – di rango internazionale, comunitario e nazionale – che sono intervenute *in subiecta materia*.

In tale ottica la disciplina del conflitto di interessi costituisce uno degli approdi più recenti dell'ermeneutica, assunto a rango di principio generale dopo che il relativo paradigma è stato scolpito nella legge breve sul procedimento amministrativo oltre che trattato in fonti sovranazionali.

2. Su tale crinale assume valenza prodromica l'esame di un altro principio fondamentale in tema di assetto organizzativo degli enti pubblici, ovvero la separazione tra politica e gestione, la cui *ratio* è riconducibile alle medesime matrici di quelle poste a base dell'istituto quivi diviso.

Si deve all'art. 51 della l. n. 142 del 1990 (ora, art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000) l'introduzione di un principio innovatore nel riparto di competenze interne agli enti locali, ovvero il principio di separazione tra politica e gestione, poi ribadito anche nella legislazione di riforma del pubblico impiego (art. 3 del d. lgs. n. 29 del 1993, ora art. 4 del d. lgs. n. 165 del 2001), in tal modo assumendo la portata di un principio generale dell'ordinamento pubblicistico, non derogabile da leggi primarie, neppure se adottate da Regioni dotate di autonomia differenziata.

In virtù di tale principio, agli Organi di governo (Ministro, Presidente, Sindaco *et similia*) spetta l'adozione degli atti fondamentali, di organizzazione, normativi, pianificatori e di indirizzo, mentre all'apparato burocratico (dirigenti o, in assenza, funzionari apicali) restano attribuiti i compiti gestionali, mediante l'adozione di atti e provvedimenti, anche a contenuto discrezionale e con autonomi poteri di spesa.

¹ Tra i lavori che hanno maggiormente approfondito la tematica in esame, si segnalano: G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Giappichelli, 2016; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Giappichelli, 2018; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l. n. 241/90*, Giuffrè, 2018.

Si tratta di una separazione di competenze, non di autonomia operativa, visto che la gestione deve pur sempre rispettare e perseguire gli obiettivi e gli indirizzi dettati dagli Organi di governo.

La giurisprudenza costituzionale² ha affermato che una «netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie» costituisce una condizione «necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa»³. Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come «natural[e] corollari[o]», la separazione «tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'"amministrazione" – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento»⁴.

Sempre il Giudice delle leggi ha affermato che la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 della Cost⁵.

A garantirne un'applicazione generalizzata è la cd. "formula interpretativa" di cui all'art. 107, comma 5, del t.u.e.l., in virtù della quale: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti ...»⁶.

Ciò comporta che qualsiasi normativa pregressa, di rango primario o regolamentare, a prescindere da una espressa modifica o abrogazione, deve essere interpretata alla luce del predetto principio, con la conseguenza che, oggi, la competenza ad adottare un atto dipende dalla natura dell'atto e non dalla previsione normativa in ordine all'assetto delle competenze.

2 Corte cost., 3 maggio 2013 n. 81, che richiama la sent. n. 161 del 2008.

3 Corte cost., sentenze n. 304 del 2010, n. 390 del 2008, n. 103 e n. 104 del 2007.

4 Sentenza Corte cost., n. 453 del 1990.

5 Ne consegue un vincolo per lo stesso Legislatore di rispettare il criterio in esame nella definizione delle competenze relativamente alle singole leggi di settore.

6 In termini analoghi, si esprime l'art. 70, comma 6, del d. lgs. n. 165/2001: «A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti?».

Resta salvo il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili⁷ e urgenti, come previsto dagli artt. 50 e 54 del t.u.e.l.⁸, ovvero provvedimenti a contenuto “atipico”⁹ che il Sindaco, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitato ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina di rango primario ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento, ivi compresi i principi generali del diritto dell’Unione europea.

In relazione ai risvolti sulla responsabilità penale ed amministrativa derivante dall’adozione di provvedimenti ed atti a rilevanza esterna, la Suprema Corte¹⁰ ha osservato che, in base al principio di separazione tra politica ed amministrazione, non si può automaticamente ed acriticamente imputare agli organi politici (in specie, Sindaco ed Assessori) di un Comune, ancorché di modeste dimensioni - e, *a fortiori*, quando si tratti di un Comune di dimensioni medio/grandi - qualsiasi violazione di norme, sanzionata penalmente o in via amministrativa, verificatasi nell’ambito dell’attività dell’ente territoriale, allorché sussista un’apposita articolazione burocratica preposta allo svolgimento dell’attività medesima, con relativo dirigente dotato di autonomia decisionale e di spesa¹¹.

7 Il carattere della contingibilità indica un fatto imprevedibile, eccezionale o straordinario che mette in pericolo la sicurezza e l’incolumità pubblica, rispetto al quale i mezzi giuridici ordinari appaiono inidonei ad eliminarli. Il carattere dell’urgenza indica la presenza di un pericolo imminente che deve essere fronteggiato immediatamente.

8 Mentre l’art. 50 circoscrive l’ambito di applicazione di tali ordinanze ai settori dell’emergenza sanitaria e dell’igiene pubblica a carattere locale, l’art. 54, comma 4, con una disposizione di più ampio respiro, dispone: “*Il Sindaco, quale ufficiale di Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti, [anche] contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana ...*”. Tale comma è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 115 del 7 aprile 2011, nella parte in cui comprende la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili e urgenti», in tal modo impedendone un’impropria applicazione estensiva.

9 Altro carattere proprio dell’ordinanza *extra ordinem* è quello dell’atipicità contenutistica, vale a dire l’idoneità della suddetta misura ad intervenire su un numero indefinito e non predeterminato di situazioni.

10 In termini, Cass., Sez. I civ., 27 settembre 2006 n. 21010.

11 Ivi si precisa ancora: “*In base al principio di separazione tra politica ed amministrazione negli enti locali, una responsabilità dell’organo politico di vertice è configurabile solo in presenza di specifiche condizioni, correlate alle attribuzioni proprie di tale organo: e, cioè, quando si sia al cospetto di violazioni derivanti da carenze di ordine strutturale, riconducibili all’esercizio dei poteri di indirizzo e di programmazione; ovvero quando l’organo politico sia stato specificamente sollecitato ad intervenire (in primis, dallo stesso funzionario preposto, il quale abbia segnalato difficoltà od ostacoli di natura*

3. La riconosciuta competenza “esterna” dell’apparato burocratico ha indotto ad occuparsi anche dei possibili conflitti in capo al titolare della funzione, sia se preposto all’unità organizzativa competente a decidere, sia se delegato, da questi, a svolgere le propedeutiche attività istruttorie.

Ne è conseguita, *inter alia*, la positivizzazione del conflitto di interessi¹².

La novella è ispirata all’esigenza di arginare il fenomeno della corruzione all’interno delle pubbliche amministrazioni, in linea con le previsioni della legge 6 novembre 2012, n. 190¹³, e con quanto sancito dall’art. 6¹⁴ della Convenzione dell’Organizzazione delle Na-

economico-finanziaria che solo gli organi politici potrebbero affrontare e risolvere); ovvero ancora quando sia stato a conoscenza della situazione anti-giuridica derivante dalle inadempienze dell’apparato competente e abbia ciò nondimeno ommesso di attivarsi, con i suoi autonomi poteri, per porvi rimedio”.

12 La disciplina generale del conflitto di interesse non è tipica solo della legge sul procedimento amministrativo, ma ha interessato plurime discipline di settore; in particolare, essa è oggetto delle disposizioni contenute nell’articolo 6-*bis* della legge n. 241/1990; nella legge n. 190/2012; nel d.lgs. n. 39/2013; negli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013; nell’articolo 53, comma 14, del d.lgs. 165/01; nell’articolo 78, del d.lgs. n. 267/2000; nell’art. 42 del d. lgs. n. 50/2016, recante il codice dei contratti pubblici [in proposito si rinvia anche alla DELIBERA ANAC del 5 giugno 2019 (in G.U. n. 182 del 5 agosto 2019) – di approvazione delle Linee guida n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*»].

13 In tale contesto va segnalato anche quanto approvato dal Parlamento Europeo, il 7 ottobre 2019, ovvero la nuova direttiva sulla “*Protezione degli individui che segnalano violazioni delle norme comunitarie*”, parzialmente innovando le norme sulla tutela del *whistleblower*, ovvero colui che segnala reati o irregolarità di cui sia venuto a conoscenza nel proprio ambito lavorativo, che sia la pubblica amministrazione o l’azienda presso cui lavora. La nuova direttiva protegge gli impiegati da eventuali ritorsioni in seguito alle segnalazioni. In generale, chi divulga informazioni su attività illegali o dannose acquisite nel contesto lavorativo sarà protetto più efficacemente anche attraverso l’accesso a consulenza gratuita e a mezzi di tutela adeguati. Le segnalazioni non saranno più ristrette agli illeciti di cui al d. lgs. n. 231/2001 o a violazioni del Modello adottato dagli enti, ma alle violazioni nelle materie indicate nella direttiva: appalti pubblici, servizi finanziari, riciclaggi di denaro e finanziamento del terrorismo, protezione dei consumatori, sicurezza dei prodotti, trasporti, reti e sistemi informativi, alimenti mangimi ed animali, tutela ambientale, sicurezza nucleare, salute pubblica, tutela della vita privata, protezione dei dati, norme sulla concorrenza, imposte sulle società, danni agli interessi finanziati dall’Unione Europea.

14 Il quale prevede che: “1. Ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l’esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l’applicazione delle politiche di cui all’articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l’accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. 2. Ogni

zioni Unite contro la corruzione (UNCAC)¹⁵ e dagli artt. 20¹⁶ e 21¹⁷ della Convenzione penale sulla corruzione¹⁸.

La l. n. 190 del 2012 prevede un sistema di tutela anticipata, che affianca il classico modello sanzionatorio imperniato su forme di tutela repressiva che, cioè, attendono ad un momento in cui il fenomeno della corruzione si è consumato.

La normativa anticorruzione, invece, si basa sul principio secondo il quale i fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche vanno affrontati e combattuti anche prima che i fenomeni corruttivi si siano consumati.

In altre parole, l'ambito di individuazione della situazione di pericolo, legata ai fenomeni della corruzione, è stato anticipato dal piano dell'azione amministrativa al piano dell'organizzazione amministrativa.

4. Con la l. n. 190/2012, l'azione preventiva della corruzione è divenuta un principio generale di diritto amministrativo; in virtù dell'introduzione dell'art. 6 *bis* alla l. n. 241/1990, il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento

Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può aver bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti. 3. Ciascuno Stato Parte comunica al Segretario Generale delle Nazioni Unite il nome e l'indirizzo dell'autorità o delle autorità suscettibili di aiutare altri Stati Parte a mettere a punto ed applicare misure specifiche di prevenzione della corruzione”.

15 Adottata dall'Assemblea generale dell'ONU, il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116.

16 Per l'art. 20 (Autorità specializzate): “Ciascuna Parte adotta le misure necessarie per garantire la specializzazione di persone o di enti nella lotta contro la corruzione. Questi devono disporre, nel rispetto dei principi fondamentali del sistema giuridico della Parte, dell'indipendenza necessaria per poter esercitare le loro funzioni efficacemente e liberi da qualsivoglia pressione illecita. Le Parti provvedono affinché il personale degli enti summenzionati disponga di una formazione e di risorse finanziarie adeguate all'esercizio delle loro funzioni”.

17 L'art. 21, rubricato “Cooperazione tra autorità nazionali” prevede quanto segue: “Ciascuna Parte adotta le necessarie misure appropriate per garantire che le autorità pubbliche e i pubblici ufficiali cooperino, conformemente al diritto nazionale, con le autorità preposte alle indagini e al perseguimento dei reati penali: a. informando spontaneamente le autorità in questione, nei casi in cui vi siano motivi ragionevoli di ritenere che uno qualsiasi dei reati penali definiti in virtù degli articoli 2–14 sia stato commesso o fornendo, su richiesta, alle autorità in questione tutte le informazioni necessarie”.

18 Adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, ratificata ex l. 28 giugno 2012, n. 110.

finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Con l'introduzione di tale principio, da un lato, è stato ampliato lo spettro dei vizi che possono inficiare il provvedimento amministrativo, dall'altro, sono sorte criticità nell'individuazione della situazione di incompatibilità nel caso concreto, considerata l'ambiguità del concetto di "conflitto di interessi".

La tutela anticipatoria si realizza, *inter alia*, anche attraverso il conflitto di interessi, che non configura un'ipotesi di corruzione, essendo ontologicamente distinto da qualsiasi comportamento attivo rientrante nel concetto di abuso¹⁹.

Il Consiglio di Stato²⁰ ha rimarcato la non necessaria coincidenza tra conflitto e corruzione, affermando che *"Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma ... va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio"*.

Detto diversamente: il conflitto di interessi esiste a prescindere che a esso segua o meno una condotta impropria.

Nell'ambito della normativa richiamata, la nozione di "conflitto di interessi" non è stata codificata con precisione.

La citata "Guida pratica OLAF" richiama la definizione di corruzione elaborata dall'OCSE: *"Un conflitto di interessi implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest'ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità"*.

L'articolo 57, paragrafo 2, del Regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione europea²¹ chiarisce che: *"... esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1²², è compromesso"*

19 La "Guida pratica per i dirigenti - Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali", elaborata dal gruppo di esperti degli Stati membri con il coordinamento dell'unità dell'OLAF "Prevenzione delle frodi", afferma che *"I conflitti di interessi e la corruzione non sono la stessa cosa. La corruzione prevede solitamente un accordo tra almeno due partner e una tangente/un pagamento/un vantaggio di qualche tipo. Un conflitto di interessi sorge quando una persona potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali"*.

20 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415 e 14 maggio 2018, n. 2853; *id.*, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

21 Regolamento n. 966/2012.

22 In virtù del quale: *"Gli agenti finanziari e le altre persone partecipanti all'esecuzione del bilancio e alla gestione, compresi i relativi atti preparatori, alla revisione contabile o al controllo non adottano azioni da cui possa derivare un conflitto tra i loro interessi e quelli dell'Unione. Laddove"*

da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario”.

Nel nostro ordinamento, sino alla entrata in vigore dell'art. 6 *bis* della l. n. 241 del 1990, non vi era una definizione generale del conflitto di interessi, ma solo l'elencazione di situazioni personali configuranti ipotesi di conflitto.

Al fine di perimetrarne l'ambito di applicazione, il Consiglio di Stato²³ ritiene che si debba procedere dalla stessa espressione lessicale, la quale evidenzia che il conflitto riguarda propriamente gli interessi, vale a dire la tensione verso un bene giuridico che soddisfi un bisogno.

La nozione non si riferisce, quindi, a comportamenti, ma a stati della persona²⁴.

Non rileva se tale interesse derivi da situazioni affettive, familiari o economiche; è sufficiente che sussistano due interessi in contrasto: quello funzionalizzato e quello, di qualsiasi natura, dell'agente.

Il Supremo Consesso sottolinea che il conflitto di interessi non consiste in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un ri-

esista un rischio di questo tipo, la persona in questione si astiene da tali azioni e ne informa l'ordinatore delegato, che conferma per iscritto l'esistenza di un conflitto d'interessi. La persona in questione informa altresì il suo superiore gerarchico. Qualora si accerti l'esistenza di un conflitto d'interessi, la persona in questione cessa ogni sua attività nella materia. L'ordinatore delegato intraprende personalmente qualsiasi altra azione appropriata”.

23 Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi (adunanza del 31 gennaio 2019). Ivi si precisa che, in questa fase, è perseguito un ulteriore obiettivo diverso ma complementare, vale a dire la cura di un interesse immateriale della P.A. Tra gli interessi pubblici la cui cura è affidata al soggetto, infatti, emerge altresì quello del rispetto del principio di imparzialità anche sub specie del principio “*della moglie di Cesare*” che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta. Si tratta di un interesse al medesimo tempo sostanziale e immateriale. Sostanziale, dal lato dei consociati, perché garantisce la giustizia attraverso la uguaglianza delle posizioni, la parità di trattamento e la conseguente tutela della concorrenza. Immateriale, dal lato della P.A., perché tutela l'immagine imparziale del potere pubblico.

24 Secondo il costante orientamento giurisprudenziale (come ribadito da T.A.R. Piemonte, sez. I, 14 agosto 2019 n. 948) le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite. Per l'effetto, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine.

schio di siffatti comportamenti, un rischio di danno, ciò, in quanto, nessun organo amministrativo può compiere - in nome e per conto della persona giuridica di appartenenza - atti da cui possano derivare benefici propri o di terzi.

Si tratta, in altri termini, di una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato: in siffatta ipotesi sorge l'obbligo del dipendente di informare l'amministrazione e di astenersi.

Da ciò l'indicazione da parte del Legislatore di situazioni giuridiche le quali, per sé, importino, *a priori*, un pericolo di danno all'interesse funzionalizzato.

Perché il conflitto sorga è dunque necessario che si sia alla presenza di veri e propri interessi (utilità sia di natura patrimoniale che immateriali), vale a dire che effettivamente sussista un bisogno da soddisfare e che tale soddisfazione sia raggiungibile effettivamente subordinando un interesse all'altro.

5. Come detto, l'art. 6 *bis* della l. n. 241 del 1990 prevede l'obbligo di astensione dell'organo amministrativo in conflitto di interessi "anche potenziale".

Sorge così il problema di individuare la portata delle norme e il significato dell'aggettivo "potenziale", e dell'espressione "gravi ragioni di convenienza".

Uno spunto esegetico è stato tratto dall'art. 7²⁵ del d.P.R. n. 62 del 2013²⁶ - che riguarda specificatamente il conflitto a carico dei di-

25 Rubricato "Obbligo di astensione" e per il quale: "Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

26 Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (G.U. 4 giugno 2013, n. 129).

pendenti pubblici - il quale, oltre a recare l’elencazione di conflitti tipizzati (rapporto di coniugio, parentela, tutoraggio etc.), reca una norma di chiusura riguardante “gravi ragioni di convenienza”.

Se ne è tratta una distinzione tra situazioni di conflitto di interessi conclamate e tipizzate (rapporti di parentela o coniugio, *et similia*²⁷) e quelle non conosciute o non conoscibili, soprattutto non tipizzate (che si identificano con le “gravi ragioni di convenienza” di cui al penultimo periodo dell’art. 7 e dell’art. 51 c.p.c.²⁸).

In sostanza, rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi potenziali, perché tale nozione include non soltanto il conflitto attuale e concreto, ma anche quello che potrebbe derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio.

Le situazioni di “potenziale conflitto” sono, quindi, in primo luogo, quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (ad es. un fidanzamento che si risolva in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente).

Ciò con riferimento alle previsioni esplicite riguardanti sia il rapporto di coniugio, parentela, affinità e convivenza, sia alla possibile insorgenza di una frequentazione abituale, sia al verificarsi delle altre situazioni contemplate nel detto art. 7 (pendenza di cause, rapporti di debito o credito significativi, ruolo di curatore, procuratore o agente, ovvero di amministratore o gerente o dirigente di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti). Si devono inoltre aggiungere quelle situazioni le quali possono per sé favorire l’insorgere di un rapporto di favore in relazione a rapporti pregressi (si è indicata, ad esempio, una situazione di pregressa frequentazione abituale, quale quella di un vecchio compagno di studi) che potrebbero riconsolidarsi (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza).

Entrambi i tipi di situazione, quelle che evolvono *de futuro* verso il conflitto e quelle favorevoli *de praeterito* il conflitto, costituiscono la declinazione delle gravi ragioni di convenienza di cui agli artt. 7 e 51 citati in cui si risolvono, ed anche del “potenziale conflitto” di cui agli articoli 6 *bis* e 53 citati.

In conclusione si è osservato che la qualificazione “potenziale” e

27 Quelle individuate dal citato art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013.

28 In cui si declinano i casi di astensione del Giudice

le “gravi ragioni di convenienza” sono espressioni equivalenti perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l’*id quod plerumque accidit*, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate.

6. Il settore di elezione per l’analisi dell’istituto in esame è senza dubbio quello della contrattualistica pubblica²⁹.

In particolare l’art. 42, 2° comma, del d. lgs. n. 50/2016³⁰, definisce il conflitto di interessi rilevante in sede di appalti pubblici mentre il 4° comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione.

L’ampia portata del dettato normativo consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato: e ciò anche quando il concorrente si sia potuto avvalere dell’apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un’offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”.

Quanto all’interesse rilevante per l’insorgenza del conflitto, va inteso come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara, da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione; peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l’art. 80, comma 5, lett. d), dello stesso codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l’operatore economico a sopportarne le conseguenze con l’esclusione dalla partecipazione alla procedura d’appalto.

²⁹ Per gli indirizzi interpretativi ed applicativi di tale disposizione, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 15 (recanti: “*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici?*”) approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019.

³⁰ Recante il codice dei contratti pubblici.

7. Anche la giuspubblicistica ha avuto modo di sanzionare situazioni inscrivibili nella normativa in esame, con conseguenziale declaratoria di illegittimità di affidamenti disposti in presenza di conflitti di interessi, anche potenziali.

Si è ritenuto legittima l'esclusione di una ditta da una gara nel caso in cui sia stato accertato che sussisteva la presenza di un dipendente della P.A. appaltante nel gruppo di lavoro dell'impresa esclusa; ciò proprio perché il vantaggio competitivo, così come l'asimmetria informativa, possono anche solo essere potenziali, in quanto la norma del d. lgs. n. 50/2016 è *lato sensu* una “norma di pericolo”, nel senso che le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o le sanzioni che comporta (esclusione dell'impresa concorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. “d”) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare³¹.

Di recente, dopo aver premesso che il riferimento alle ipotesi previste dall'articolo 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, contenuto nell'art. 42 del d. lgs. n. 50 del 2016, costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo (come si evince dall'uso della locuzione “in particolare”), si è statuito che al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve ritenersi rilevante³².

Al contempo, si è ribadito che l'obbligo di astensione sussiste anche a fronte di un conflitto solo “potenziale” ovvero per il solo fatto che il soggetto sia portatore di interessi distinti e particolari, atti ad inverare una posizione di conflittualità o anche di divergenza rispetto all'interesse generale, affidato alle cure dell'amministrazione, indipendentemente dalla circostanza che non vi sia la prova di un effettivo e concreto condizionamento³³.

Si è osservato³⁴ che la disposizione in argomento è rivolta a prevenire influenze perturbatrici nell'ambito del procedimento amministrativo e con riferimento alla posizione di dirigenti e funzionari che esercitano poteri decisori o anche soltanto consultivi in vista

³¹ In termini, Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019 n. 355.

³² E' quanto affermato dal TAR Piemonte n. 948 del 2019, cit. Nel caso esaminato si è ritenuta sussistente una situazione di conflitto di interessi, in quanto - indipendentemente dalla dimostrazione del vantaggio conseguito - l'amministratore delegato dell'aggiudicatrice era dipendente della Stazione appaltante.

³³ Così TAR Roma, sez. III *ter*, 30 luglio 2019, n. 10132.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2019, n. 6193.

dell'adozione del provvedimento finale; cosicchè non troverebbe applicazione per i componenti di organi amministrativi elettivi, per i quali provvede direttamente e esclusivamente l'art. 78, comma 2, del d. lgs. n. 267/2000³⁵.

In ordine alla portata applicativa (ed estensiva) della norma in esame si è osservato che: *“L'articolo 6 bis prevede un obbligo di astensione generale per tutti i procedimenti amministrativi per cui, essendo norma sopravvenuta e di pari forza rispetto all'articolo 11, comma 1, del d.P.R. n. 487 del 1994, lo integra, nel senso che deve ritenersi che i componenti della commissione, una volta presa visione dei nominativi dei candidati, abbiano l'obbligo di segnalare all'amministrazione non solo le cause tipiche di incompatibilità fissate nell'articolo 51, comma 1, del c.p.c. ma anche ogni situazione atipica di potenziale conflitto di interessi”*³⁶.

Da ultimo, merita menzione un interessante arresto giustiziale le cui argomentazioni consentono di prevenire o evitare gli effetti distortivi che potrebbero riconnettersi ad interpretazioni eccessivamente ampliative; ivi si precisa che l'alveo applicativo dei menzionati principi va ricondotto essenzialmente alle determinazioni dal contenuto discrezionale, che implicano quindi apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale, ma non anche quando l'atto si fondi sulla oggettiva verifica di requisiti, presupposti o condizioni predeterminati da rigide previsioni normative³⁷.

8. Proprio condividendo queste ultime considerazioni, si ritiene di poter rassegnare le seguenti conclusioni.

Per quanto sia ineluttabile il processo di evoluzione della disciplina appena esaminata, anche in ragione di un'evidente matrice sovranazionale, la sua applicazione non può prescindere dai contesti istituzionali in cui deve applicarsi.

L'ampia e indeterminata formula usata dal legislatore (“anche potenziale”), qualora riferita a qualsiasi circostanza che possa alimen-

³⁵ A tenore del quale: *“Gli amministratori di cui all'art. 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado”*.

³⁶ In termini si è espresso il TAR Piemonte, Sez. I, 16 maggio 2019 n. 601.

³⁷ TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 21 novembre 2019 n. 676.

tare un sospetto e laddove ancorata a situazioni di mera contiguità familiare, territoriale o professionale rischia di minare *radiciter* qualsiasi azione o comportamento degli organi di vertice dell'apparato amministrativo.

Basta considerare che in molti contesti istituzionali, vuoi per le “esigue” dimensioni demografiche della comunità degli amministrati, vuoi per la ridotta dotazione organica degli Enti locali, unitamente alla generalizzata titolarità (da parte di questi ultimi) delle funzioni amministrative (alla luce del principio, costituzionalizzato, della sussidiarietà verticale, anch'esso di chiara derivazione euro-unitaria) è sin troppo agevole rinvenire circostanze e condizioni capaci di ingenerare il “dubbio” sotteso al suindicato dovere di astensione.

Tuttavia, ove ciò dovesse accadere, da un lato, si esporrebbe l'apparato burocratico a censure più o meno pertinenti di violazione del divieto di cui al più volte menzionato art. 6 *bis*, dall'altro, si alimenterebbero comportamenti fuorvianti, sinanche elusivi dell'obbligo di provvedere, posto che per il Responsabile del provvedimento sarebbe agevole (ed anche strumentale) richiamare una datata frequentazione, anche scolastica o socio-ambientale, per astenersi dall'assumere una decisione delicata o controversa.

Così operando l'azione amministrativa resterebbe inesorabilmente esposta a rimedi giustiziali e sanzionatori, ma soprattutto l'amministrato, per conseguire il bene della vita auspicato, sarebbe costretto, sempre e suo malgrado, ad invocare poteri sostitutivi o interventi commissariali.

Un primo rimedio a tale applicazione degenerativa del conflitto di interessi appare la richiamata distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata, dovendosi ritenere sussistente un “*aller?*” in presenza di affidamenti diretti (preceduti da selezioni informali dei contraenti o da semplificate indagini di mercato), piuttosto che in caso di aggiudicazione di una procedura di gara ordinaria (c.d. meccanica) sulla scorta del criterio del minor prezzo (salvo provare che, in tale ultima ipotesi, l'affidatario abbia beneficiato di un'impropria asimmetria informativa).

Analogamente, risulterebbe rilevante verificare la compresenza di situazioni di conflitto in capo all'Organo chiamato a rilasciare un permesso di costruire in deroga o ad applicare una sanzione per la quale sono previsti minimi e massimi edittali; meno scalfibile, invece, sarebbe l'adozione di una misura sanzionatoria vincolata nell'*an* e nel *quomodo* - come l'ordine di ripristino di un manufatto radical-

mente abusivo - per la quale l'assenza di qualsiasi discrezionalità rende del tutto irrilevante attenzionare il profilo soggettivo del sottoscrittore.

Solo adottando tali bilanciamenti e contrappesi la misura in esame concorrerebbe realmente ad arginare fenomeni corruttivi, sempre dilaganti in alcuni settori dell'azione amministrativa, favoriti da normative incerte ed ambigue, impropriamente sovrabbondanti, oggetto di interpretazioni "pretorie" e divergenti, certamente tra le cause principali di comportamenti *contra legem* e della diffusa concezione di un'Amministrazione spesso - troppo spesso - considerata (aprioristicamente) pervasa da atteggiamenti sviati o elusivi e - troppo approssimativamente - ritenuta il terreno fertile di illeciti da fronteggiare.

Introduction to Private Equity

DI PAOLO MAMMOLA

(Docente a contratto di *Commercial Law Community* – Università degli Studi di Napoli ‘Federico II’)

Abstract

Il fenomeno del *Private Equity* solleva problemi che possono essere trattati in chiave sia strutturale che funzionale. Rilevano, in particolare, l’organizzazione dei fondi medesimi e le sottostanti operazioni di acquisizione, nonché questioni concernenti l’autonomia privata.

The essay aims, firstly, to describe the phenomenon of acquisitions in Private Equity entities and, then, to understand how to address agency problems through the role of contract.

Sommario: 1. An Introduction to Private Equity - 2. Private Equity Entities - 3. Addressing Agency Problems through Contract - 3.1. Side Letters.

1. An Introduction to Private Equity

A legal approach to private equity («PE»),¹ considering either the

¹ About investment management in general, including collective investment schemes: F. Annunziata, *La gestione collettiva del risparmio*, in G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari (eds), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società*, Bologna, 2012, 245-254; esp., F. Annunziata, *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie e forme*, Milano, 2017; Id., *La gestione collettiva del risparmio*, in F. Capriglione (ed), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2019, 253-284; F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2020; esp., L. Ardizzone, 'Società finanziaria', in N. Abriani (ed), *Diritto commerciale. Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, 2011, 852-858; L. Ardizzone, *L'esercizio dell'attività d'impresa nel private equity*, Milano, 2018; P. Casella and E. Rimini, 'Fondi comuni di investimento nel diritto commerciale', in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, 208ff; S. Caselli, *Private Equity and Venture Capital in Europe*, Amsterdam, 2010; D.J. Cooke (ed), *Private Equity: Law and Practice*, London, 2015; R. Costi, *Risparmio gestito e governo societario*, in *Giur. comm.*, 1998, 3, 313ff; Id., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2018; R. Costi and L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, Padova, 2004; R. D'Apice (ed), *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Bologna, 2016; D.J. Cumming and S.A. Johan, *Venture capital and private equity contracting*, London, 2014; D. Cumming (ed), *The Oxford handbook of private equity*, Oxford, 2012; E. Damiani, *Venture capital e private equity*, Napoli, 2010; F. Di Sabato, *Le società per azioni operanti nel mercato finanziario tra autonomia e controllo*, Milano, 1995; E. Ferran and L. Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, 2014; G. Ferri jr, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 2, 393ff; Id., *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, 1ff; P. Ferro-Luzzi, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 751 ss.; M. Foschini, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008; A. Gervasoni and F.L. Sattin (eds), *Private equity e venture capital. Manuale di investimento nel capitale di rischio*, Milano, 2015; M. Graziadei, *Fondi comuni di investimento in diritto comparato*, in *Notiss. dig. it.*, VI, Torino, 1991, p. 237 ss.; G. Guizzi, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Padova, 1997; Id., 'Mercato finanziario', in *Enc. dir.*, agg., V, Milano, 2001, 744ff; Id., *La SGR di gruppo tra integrazione e autonomia*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 4, 563ff; L. Gullifer and J. Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, esp. 654-694; M. Hudson, *Funds. Private Equity, Hedge and All Core Structures*, Chichester, 2014; M. Lamandini and S. Ramos Muñoz, *EU Financial Law. An Introduction*, Milano, 2016; V. Lemma, *Le società di gestione del risparmio (SGR)*, in F. Capriglione (ed), *L'ordinamento finanziario italiano*, II, Padova, 2010, 674ff; B. Libonati, *Holdings e investment trust*, Milano, 1959; M. Miola, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 703ff; J. Payne, *Private Equity and its Regulation in Europe*, in EBOR, 2011, 4, 559-585; A. Perrone, *Il diritto del mercato dei capitali*,

entities² and the deals involved, may identify the transactions at stake with the concept of «acquisition»,³ which includes at least four cases:⁴

- i) takeovers or mergers of public companies;
- ii) private equity *stricto sensu*,⁵ ie public-to-private transactions;
- iii) venture capital;⁶ and

Milano, 2018; A. Principe, *L'impresa finanziaria*, Milano, 1998; G.P. Savi, 'Società finanziaria ("holding")' and 'Società di investimento ("investment trust")', in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 727ff; P. Sfameni and A. Giannelli, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, 2018; M. Stella Richter jr, *Governo e organizzazione delle società di gestione del risparmio*, in *Riv. soc.*, 2016, 1, 104ff; V. Vulpetti, 'Società finanziaria', in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, 1113ff; E. Wymeersch (ed), *Alternative Investment Fund Regulation*, Alphen aan den Rijn, 2012.

² According to J.D. Morley, *Why Do Investment Funds Have Special Securities Regulation?*, 2019, also in RESEARCH HANDBOOK OF MUTUAL FUNDS (William Birdthistle & John Morley eds. 2018); Yale Law & Economics Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3375450> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3375450>, in the United States, investment funds (mutual funds, closed-end funds, exchange-traded funds, hedge funds, private equity funds, and venture capital funds) have their own special body of securities regulation – that applies in place of or in addition to the regular securities laws that apply to other types of companies – mostly because of the structure of an investment fund; cf. Id., *The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation*, in *Yale Law Journal*, vol. 123, 2013-2014, 1231ff; L. Van Setten and D. Busch (eds), *Alternative Investment Funds in Europe. Law and Practice*, Oxford, 2014.

³ A. Hudson, *The Law and Regulation of Finance*, London, 2013, 1227, 1240ff; namely, «takeovers, mergers and other corporate reconstructions in which one company buys another company or in which a new company acquires pre-existing companies».

⁴ *ibid* 1240–41.

⁵ *ibid* 1241, where «[p]rivate equity, literally defined, is concerned to take public companies into private ownership». Equally, it is commonly identified with the «deals involving the acquisition of publicly traded companies, followed by their removal from the stock market», in B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*, Oxford, 2008, 397; cf. Id. and J. Armour, *The Eclipse of Private Equity*, April 2007. ECGI - Law Working Paper No. 082/2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=982114> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.982114>, in *Del. J. Corp. L.*, 33, 2008, 1ff. For a broader meaning, see J.A. McCahery and E.P.M. Vermeulen, *Corporate Governance of Non-listed Companies*, Oxford, 2010, 181, where «[p]rivate equity, which is defined as the investment of equity in non-listed companies, can take many financing forms, such as bootstrapping, angel investing, venture capital, management, and leveraged buyouts».

⁶ «[T]he financing of “start up” business», according to B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control* (n 5) 397; cf. J. Lerner, *Venture Capital and Private Equity: A Course Overview (2001 Update)*, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=280013> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.280013>; M. Da Rin, T.F. Hellmann and M. Puri, *A Survey of Venture Capital Research*, 2011. TILEC Discussion Paper No.

iv) management «buy-outs»⁷ and «buy-ins», and their combination («buy-in management buy-out» or «BIMBO»).

Management buy-outs usually have recourse to leverage, where the risk is ultimately borne by the target company. In particular, a «leveraged buy-out» («LBO») entails that the target's profits will be used by the manager-owners for the remuneration of its debts.

The riskiness of these operations, which must comply with the prohibition on financial assistance in acquisitions,⁸ is mainly dependent upon the debt-to-equity ratio of the target.⁹ Although the economic structure of companies, and of PE transactions, requires a debt component,¹⁰ the presence of equity entails that the partners do not receive dividends, when not convenient, or possible, for the company.

While leveraged transactions used¹¹ to include «junk bonds», they are currently based on a «syndicated bank debt».¹² However, the un-

2011-044. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1942821> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1942821>.

⁷ B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control* (n 5) 397, where these investments are defined as «the funding of purchases of divisions of publicly traded companies by incumbent managers»; cf. M. Wright, T. Simons, L. Scholes and L. Renneboog, *Leveraged Buyouts in the U.K. And Continental Europe: Retrospect and Prospect*, 2006. ECGI - Finance Working Paper No. 126/2006; CentER Discussion Paper Series No. 2006-70. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=918121> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.918121>.

⁸ See E. Ferran, *Regulation of Private Equity - Backed Leveraged Buyout Activity in Europe*, 2007. ECGI - Law Working Paper No. 84/2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=989748> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.989748>; S.N. Kaplan and P. Strömberg, *Leveraged Buyouts and Private Equity*, in W.W. Bratton and J.A. McCahery, *Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation*, Oxford, 2015, 491ff.

⁹ A «successful specialist investor» is the one who «look[s] to acquire distressed businesses (often at a significantly discounted, or even negligible, price arising from an insolvency process), and then implement[s] strategic and operational improvements with a view to a successful *turnaround* of the fortunes of the business», see G. Yates and M. Hinchliffe, *A Practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge, 2010, 9.

¹⁰ In P. Jowett and F. Jowett, *Private Equity: the German Experience*, London, 2011, 7, the debt component is «just another form of corporate finance, and [...] it can be permanent, and indeed efficient»; also, «equity should be more expensive, and [...] in constructing a company's balance sheet, it serves equity holders well to have a significant proportion of leverage».

¹¹ See a distinction in P. Jowett and F. Jowett, *Private Equity* (n 10) 7, according to which «cyclical business will need more equity, and [...] non-cyclical business can support higher levels of debt».

¹² A. Hudson, *The Law and Regulation* (n 3) 1243, for a brief description of its structure,

certainty of the buy-outs is not only due to the plurality of lenders, for the mere presence of the traditional venture capitalist itself is not without disadvantages – such as the buyer's request of representations to the outgoing management, and of controlling powers, as well as the investment's time limit.

Once a company is taken «into private ownership», its reputation is removed from the pressure of the business community around its performance. Thereafter, the buyer's profits can arise from a distribution of dividends or an «asset stripping» operation.¹³ The latter occurs when the assets have more value than the firm itself, or when only one among the companies of a «conglomerate»¹⁴ is *in bonis*:¹⁵ managing, for instance, the corpo-

thus «[t]he syndicate will typically be comprised of senior lenders and junior lenders, where the junior lenders have their rights subordinated to the rights of the senior lenders but who acquire a higher yield to compensate them for the risk»; nonetheless, «[t]here may also be a tranche of high-risk junk bonds in that financing structure»; Id., *The Law of Finance*, London, 2013, 990-1018. Yet, for a lesson from the German experience, but of a general importance in order to understand the companies' financial structure, «[t]he financing of a company can be built up like a multi-layered cake, with a strict order of subordination between the layers determining which has the first and last recourse to funds when the going gets rough», in P. Jowett and F. Jowett, *Private Equity* (n 10) 7. Cf. U. Axelson, P. Stromberg and M.S. Weisbach, *Why are Buyouts Levered? The Financial Structure of Private Equity Funds*. Charles A. Dice Center Working Paper No. 2008-15; Fisher College of Business Working Paper No. 2008-03-014; Journal of Finance, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=676546>; L. Gullifer and J. Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 356-366.

¹³ Cf. G. Giusti, *Private equity deal making post-AIFMD: asset stripping rules*, in *Diritto bancario*, 2014, 1ff; A. Henderson, *Asset stripping under the AIFMD*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, 28, 644.

¹⁴ A. Hudson, *The Law and Regulation* (n 3) 1242, particularly fn 66.

¹⁵ «Short-termism» is not necessarily negative, if described like that, see *ibid* 1242, fn 67: «In a perfect world, an asset stripper would be able to turn a slow-moving business unit into short-term profitability so that it could be sold at a profit quickly». Thence, two different classes of interests (the short involvement of the venture capitalist and the lenders' claims) lead to a predilection for the short-term, to the detriment of «research-led businesses» (eg, pharmaceutical and high-tech sectors). Cf. M. Erede and G. Sandrelli, *Attivismo dei soci e investimento short-term: note critiche sul ruolo degli investitori professionali a margine del dibattito europeo sulla corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2013, 931ff; P. Molk and F. Partnoy, *Institutional Investors as Short Sellers?*, 2019. 99 Boston University Law Review 837 (2019); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3309731>; M.J. Roe, *Corporate Short-Termism – In the Boardroom and in the Courtroom*, 2014. Business Lawyer, Vol 68, August 2013; ECGI - Law Working Paper No. 210; Harvard Public Law Working Paper No. 13-18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2239132> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2239132>; B.S. Sharfman, *Activist He-*

rate pension funds, instead of the firm, would attract a PE fund. Among the positive effects¹⁶ of «public-to-private» buy-outs», there is an efficient system of corporate governance,¹⁷ given the shareholder activism,¹⁸ and competences, of PE firms, which prefer a more

dge Funds in a World of Board Independence: Creators or Destroyers of Long-Term Value?, in *Columbia Business Law Review*, 2015, 814ff.

¹⁶ For a general assessment of the effects of PE model on the German entrepreneurial system, see P. Jowett and F. Jowett, *Private Equity* (n 10) 501ff, 505, hence the enumeration of its merits: «[A] safe harbour for sick companies, funds for buy-and-build consolidation, an exit route for retiring owner-managers, a source of inward investment, transparent management controlling, and a mode of upward mobility for middle management»; P. Koerver Schmidt, *Permanent Establishment for Investors in Private Equity Funds – A Legal Analysis in Light of the Changes to the OECD Model*, 2018. Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 19-07. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3303240> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3303240>, analyzes whether the investment in a private equity fund may create a permanent establishment for foreign investors.

¹⁷ See P. Marchetti, *Il nuovo Action Plan europeo in materia societaria e di corporate governance*, in *Rin. soc.*, 2013, 1, 225ff; R.W. Masulis and R.S. Thomas, *Does Private Equity Create Wealth? The Effects of Private Equity and Derivatives on Corporate Governance*, 2009. University of Chicago Law Review, Vol. 76, p. 219, 2009; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 08-20; ECGI - Law Working Paper No. 113/2008; ECGI - Finance Working Paper No. 253/2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1207858>; R.J. Gilson and J.N. Gordon, *Board 3.0 -- An Introduction*, 2019. *The Business Lawyer*, Vol. 74, Spring 2019; Columbia Law and Economics Working Paper No. 602; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 531. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3332735>: the Authors' goal is to bring to public companies the use – from the world of private markets, venture capital and private equity – of alternative (Board 3.0) board models; cf E. de Fontenay, *Private Equity's Governance Advantage: A Requiem*, 2019. *Boston University Law Review*, Vol. 99, No. 3, 2019; Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2019-71. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3462752>.

¹⁸ E. Bellini, *Hedge Fund Activism in Italy*, in *Journal Corp. Law Studies*, 2009, vol. 9, n. 1, 201ff; W.W. Bratton and McCahery J.A. (eds), *Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation*, Oxford, 2015; J.C. Coffee jr and D. Palia, *The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance*, in *J. Corp. L.*, 2016, vol. 41, n. 3, Spring, 545ff; M. Erede, *Governing Corporations with Concentrated Ownership Structure: An Empirical Analysis of Hedge Fund Activism in Italy and Germany, and its Evolution*, in *Eur. Comp. Fin. Law Rev.*, 2013, vol. 10, n. 3, 328ff; Z. Khan, *Activist Hedge Funds: Evidence from the Recent Financial Crisis*, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2785551> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2785551>. Cf. M. Bianchi, M.C. Corradi and L. Enriques, *Gli investitori istituzionali italiani e la corporate governance delle società quotate dopo la riforma del 1998: un'analisi del ruolo potenziale dei gestori di fondi comuni*, in *Banca impr. soc.*, 2002, vol. 21, 3, 397ff; G. Cammarano, *L'attivismo degli investitori istituzionali (Brevi riflessioni sul saggio di M. Bianchi, M.C. Corradi, L. Enriques)*, *ibid*, 439ff.

strategic planning, instead of a «box-ticking»¹⁹ approach. Given that PE investment funds have a fixed duration, their exit²⁰ strategies have to be considered:

i) a public offering;
ii) the sale of the company to a corporate buyer («trade sale»); and
iii) the sale of the company to another PE firm («secondary sale»).
 When a restructuring is accomplished, it goes without saying that the company may go public again.²¹ In fact, PE characters attract investment banks,²² which ask PE firms for information about the target firms and, at the same time, acquire interests in the funds themselves, in order to diversify their portfolios.

2. Private Equity Entities

Principally involved in PE transactions are «investment managers» (PE «houses» or «firms»), whose aim is the raising of private capital to allocate in PE «funds» and, thence, to use in various operations.²³ In the United Kingdom, the vehicle mainly used for «joint ventures projects», broadly speaking, is the «limited partnership» («LP»),²⁴ consisting of two categories of partners: the «general partner» («GP») and the «limited partner»; the former is generally liable for the partnership's obligations, whereas the latter has a limited liability only. However, limited partners who act as directors bear the consequences of that.²⁵

Given that a PE fund is usually structured as a LP, its GP is the PE firm, and the investors are limited partners.²⁶ Therefore, an agency

¹⁹ B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control* (n 5) 397–8.

²⁰ *ibid* 398–9; cf. A. Mahon, *Private equity house spin-outs*, in D. Walker (ed), *Private Equity Exits*, London, 2016, 67ff.

²¹ B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control* (n 5) 399.

²² A.D. Morrison and W.J. Wilhelm jr, *Investment Banking: Institutions, Politics, and Law*, Oxford, 2007, 308ff. See also J. Armour and others, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, 275ff; M. Haentjens and P. De Gioia-Carabellese, *European Banking and Financial Law*, Abingdon-New York, 2015.

²³ B.R. Cheffins, *Corporate Ownership and Control* (n 5) 397.

²⁴ Not to be confused with the «limited liability partnership»: see M.T. Andenas and F. Wooldrige, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2012, 102, 152.

²⁵ Differently, in the German *Kommanditgesellschaft* («KG»), the *Kommanditist* can be allowed to perform managerial acts: see *ibid* 155.

²⁶ Cf. L. Ardizzone, *Il rapporto tra soci gestori e soci investitori nelle SICAF*, in *Riv. soc.*, 2016, 6, 1094ff.

relationship arises,²⁷ so that the alignment of interests is not reached through the periodical «investor/management fee», but it lies in the «carried interests» for each fund managed by the GPs.²⁸

The prominent role played by PE funds in the long-term financing

²⁷ Armour J., Hertig G. and H. Kanda, *Transactions with Creditors*, in R. Kraakman and others, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2017, 109ff; G. Guizzi, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014; G. Leggieri, *I conflitti di interesse nel private equity: stato dell'arte e prospettive*, in *Società*, 2007, 6, 677ff; R. Lener, *Conflitti di interesse nella prestazione dei servizi di investimento e del servizio di gestione collettiva*, in R. D'Apice (ed), *L'attuazione della MiFID in Italia*, Bologna, 2010, 351ff; A. Luminoso, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, 739ff; D. Maffei, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, in G. Gitti, M. Maugeri and M. Notari (eds), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società* (n 1) 227-243; A. Perrone, *Il diritto del mercato dei capitali* (n 1) 8ff.

²⁸ The tax treatment provided for the LP is also a reason of its use as PE fund. Indeed, research into PE would not be complete without considering the tax law profile of private investment funds («PIFs»), since the concerns of investors affect the choice of structure between partnerships and companies. In fact, entity-level taxation ultimately reduces returns for investors, hence the preference for tax-transparent or tax-exempt vehicles – limited partnerships being the former and offshore companies the latter. Transparency entails that the tax position should not be different if the parties had directly invested in the underlying assets. Participants in the entity, and not the entity itself, are proportionally taxable regardless of any cash distributed to them, so that the partnership income is treated as income of the partners directly. Moreover, admitting a new limited partner would be deemed a disposal made by the partners of their interests in the businesses. In contrast, in the case of entity-level taxation, a double payment occurs: the entity pays tax on its earnings and its participants pay tax on the monies distributed. The use of the partnership form as a PIF is also due to the taxation of both income and capital gains on an arising basis, rather than when actually distributed. Cf. V. Fleischer, *Two and Twenty: Taxing Partnership Profits in Private Equity Funds*. New York University Law Review, 2008; U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 06-27; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 06-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=892440>; G.D. Polsky, *A Compendium of Private Equity Tax Games*, 2014. UNC Legal Studies Research Paper No. 2524593. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2524593> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2524593>; G.D. Polsky, *Private Equity Management Fee Conversions*, 2008. FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 337; FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper No. 08-18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1295443> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1295443>; Y.R. Kim, *Engineering Pass-Throughs in International Tax: The Case of Private Equity Funds*, 2019. 56 San Diego L. Rev. 707 (2019); University of Utah College of Law Research Paper No. 333. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3470429>; L.E. Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford, 2009; A. Verstein, *Enterprise without Entities*, 2017. Michigan Law Review, vol. 116, n. 2, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2813777> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2813777>.

of non-listed companies²⁹ has consequences in terms of corporate governance, since their investment management represents a form of «shareholder activism».³⁰

Indeed, the actions of the PIFs are not limited to waiting for receipts after due diligence,³¹ but they contribute to actively determining the policies of the underlying firms. In particular, that happens through the structuring³² of either the fund itself or the equity-backed companies.³³

The influence of shareholders on managers is major where the former are institutional investors,³⁴ who can affect³⁵ the board's remuneration.

²⁹ J.A. McCahery, *Corporate Governance* (n 5) 171, where a comparison between the operating of «hedge» and PE funds; E. Ferran, *The Regulation of Hedge Funds and Private Equity: A Case Study in the Development of the EU's Regulatory Response to the Financial Crisis*, 2011. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 10/2011; ECGI - Law Working Paper No. 176/2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1762119> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1762119>. Since hedge funds are the most common investors in small company Private Investments in Public Equity (PIPEs), see W.K. Sjoström, *PIPEs*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=992467>.

³⁰ J.A. McCahery, *Corporate Governance* (n 5) 168, fn 18. Of a particular interest, the general description at page 183: «[V]enture capitalists tend to monitor and protect their investment through active participation, namely by due diligence, establishing a relationship with the start-up businesses' managers and by sitting on their board of directors. [...] Allocating a substantial equity stake in the firm to the entrepreneur and other employees, which is akin to the stock option compensation system, fortifies the incentive to conduct the business diligently and discourages shirking and opportunism»; cf. W. Kaal, *Private Fund Investor Due Diligence*, in *Rev. Banking & Fin. L.*, 2016, vol. 35, 257ff.

³¹ Cf. J.A. Scharfman, *Private Equity. Operational Due Diligence. Tools to Evaluate Liquidity, Valuation, and Documentation*, Hoboken, New Jersey, 2012.

³² J.A. McCahery, *Corporate Governance* (n 5) 183, «[i]nstead of seeking a majority of the corporation's equity, venture capitalists usually obtain control by utilizing complicated contractual mechanisms in their relationship with the entrepreneurial team and other investors».

³³ *ibid* 169, for an enumeration of the relevant contractual provisions, in reference to the interests owned by the PE fund, and with the function of «screening techniques»: «As in the case of convertible preferred securities, the stock provides for a preference for dividends and liquidation, conversion rights and anti-dilution provisions, pre-emptive rights, go-along rights, and information rights».

³⁴ *ie*, «all non-individual investors, such as insurance companies, pension funds, banks and investment funds», according to D.J. McBarnet, A. Voiculescu and T. Campbell, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, 2009, 337 fn 6.

³⁵ *ibid* 350ff.

neration or, generally, the conduct of the company with the support of NGOs – eg, according to instances of «Corporate Social Responsibility».³⁶

3. Addressing Agency Problems through Contract

Some argue³⁷ that an efficient «venture capital market» mainly faces agency problems by contract,³⁸ and not through institutions.³⁹

A first series of conflicts widely concerns funds, shareholders, and managers, but the main relationship is between fund managers and their principals, ie the «external investors».⁴⁰ The latter, instead of directly acquiring interests in the firms, prefer having recourse to a PE fund, because of its professionalism and for easy diversification of their own portfolio.

Day-to-day supervision⁴¹ of each investment is not possible for the

³⁶ *ibid* 336ff, for an essay, which, through a comparative and empirical method, firstly outlines historically and culturally the development of shareholder activism and, thereafter, identifies the restraints to the intervention of shareholders to their general meeting. The Authors' intent is to highlight, according to the different shapes of corporate governance, the interest of the shareholders (not of the managers) toward CSR – within it lying the concept of «Socially Responsible Investment» («SRIs»); cf. T.C. Hodge, *The Alternative Investment Fund Managers Directive: The European Union Gives Private Equity Fund Managers the Social Market Economy Treatment*, in *North Carolina Banking Inst. J.*, 2014, 18, 321ff.

³⁷ R.J. Gilson, *Engineering a Venture Capital Market: Lessons from the American Experience*, in *Stanford Law Review*, 2003, vol. 55, 1067; cf. J.C. Coffee, *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, 2007. Columbia Law and Economics Working Paper No. 304. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=967482> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.967482>.

³⁸ There is that in the «flexibility of customary laws» lies the superiority of Anglo-Saxon legal tradition, given the attitude of such legal system toward the investor protection, according to the *Law and Finance* studies of Rafael La Porta and others, for which see D.J. McBarnet, A. Voiculescu and T. Campbell, *The New Corporate Accountability*, (n 34) 347 fn 38; cf. R. Kulms, *Private Equity – Corporate Governance Through Partnership Law?*, in *RDS*, 2009, 438ff.

³⁹ An example concerns the facts of the Canadian «Labour Sponsored Venture Capital Corporation» («LSVCC»), as reported in D.J. Cumming and J.G. MacIntosh, *Crowding out Private Equity: Canadian Evidence*, in *Journal of Business Venturing*, 2006, vol. 21, 569.

⁴⁰ ie, «[c]ontributors of these funds [are] institutional investors, pension funds, university endowments, and other wealthy individuals», in J.A. McCahery and E.P.M. Vermeulen, *Corporate Governance* (n 5) 186. *Ibid*, where it is outlined the interrelation between (high) riskiness and profitability of the investments.

⁴¹ Nonetheless, a difference – see J.A. McCahery and E.P.M. Vermeulen, *Corporate Governance* (n 5) 184 – between venture capital («VC») and «buyout» funds, given that the

investors, who are in a position of asymmetric information compared to manager-agents. Because of that, contractual practices have arisen in order to prevent forms of shirking, or of opportunistic behaviour, from the management, thus reducing the degree of riskiness of the fund.

Although limited partners have no general managerial power, they may obtain the right to vote for amending the «partnership agreement», withdrawing from the company, extending the fund's duration, removing the GP, and expressing evaluations about the performances of the portfolio.

Therefore, institutional investors, because of their bargaining strength,⁴² request «restrictive covenants»,⁴³ in order to define the actions of the fund managers. Their content is various: narrowing the investments in each firm; limiting the recourse to the leverage; deterring the fictitious increase of profits due to «co-investment» among funds; limiting the transfer of managers' interests in the fund; restricting the types of investment, according to the kinds of assets (venture capital, dematerialised or foreign securities, and LBOs).⁴⁴ According to an empirical and comparative study,⁴⁵ managers' legal

latter «typically invest in mature companies with fairly predictable cash flows, which causes limited partners to give less leeway to the managers and to demand a minimum rate of return before profits are shared with the managers».

⁴² See W.W. Clayton, *The Private Equity Negotiation Myth*, 2019. Yale Journal on Regulation, Forthcoming; BYU Law Research Paper No. 19-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3335656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3335656>.

⁴³ cf. A. Hudson, *The Law of Finance*, London, 2013, 561ff and 979-990; L. Picardi, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, esp. 79ff. See P. Gompers and J. Lerner, *The Use of Covenants: An Empirical Analysis of Venture Capital Partnership Agreements*, in *The Journal of Law & Economics*, 1996, vol. 39, 463, 479ff. Cf. A.B. Badawi and E. de Fontenay, *Contractual Complexity in Debt Agreements: The Case of EBITDA*, 2019. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2019-67. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3455497> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3455497>; A. Majumdar, *The (Un?)Enforceability of Investor Rights in Indian Private Equity*, 2019. University of Pennsylvania Journal of International Law, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3387887>, where the Indian case of investor control rights, which are borne out of a contractual arrangement between the investor and the company/promoters.

⁴⁴ In contrast, restrictive covenants are less used in hedge funds, mainly because of their short «lock-up» periods and of the high liquidity of capital invested in regulated markets.

⁴⁵ D.J. Cumming and S. Johan, *Is it the Law or the Lawyers? Investment Covenants around the World*, in *European Financial Management*, 2006, vol. 12, 535, 543; for the influence of the «legal and institutional environment», see *ibid* 541ff.

background and the length of their experience have consequences. In particular, the former leads to the adoption of covenants governing the fund's activity, while the latter regulates the liability of fund managers.⁴⁶

Moreover, PIFs have reacted to criticism addressed to the opacity surrounding their behaviour, thus drafting, and diffusing, codes of conduct and guides of best practices. In fact, a major objection lies in the lack of disclosure in the management of capital, so that the investors could not «monitor» the fund, which means receiving relevant information from the GP promptly and, accordingly, taking decisions consciously.

3.1. Side Letters

The matter of this stream of information between the fund's management and the investors is the object of individual negotiation, when the investor has such bargaining power as to impose an increase in the quantity and quality of accounts, as well as to regulate the managers' liability.

These needs are satisfied by «side letters»,⁴⁷ which are agreements between an individual investor and the fund (and/or its fund manager), aimed at emending its constitutional documents,⁴⁸ hence the

⁴⁶ Cf. L. Picardi, *Competenza gestoria degli amministratori e deleghe di funzioni nella SGR*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, p. 61 ss.; D. Regoli, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in M. Campobasso and others (eds), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Torino, 2014, 1121ff; S. Rossi, *I «management agreements»*, in G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari (eds), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società* (n 1) 437-451; M. Stella Richter jr, *L'organizzazione e il governo societario del gestore*, in R. D'Apice, *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Bologna, 2016, 61ff; M. Stella Richter jr, *La governance delle società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2009, 670ff.

⁴⁷ T. Spangler, *The Law of Private Investment Funds*, Oxford, 2012, 227ff. On the reasons and problems for using multiple writings, as side letters, in business relationships, R. de Rohan Barondes, *Side Letters, Incorporation by Reference and Construction of Contractual Relationships Memorialized in Multiple Writings*, 2012. *Baylor Law Review*, 2012, vol. 64, n. 3, 651. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2254388>.

⁴⁸ Namely – T. Spangler, *The Law of Private Investment Funds* (n 47) 220 – «the fund's offering documents, subscription documents and constitutional documents» of partnership or company PIFs. Cf. G. Sbisà, *Dialogo con la giurisprudenza sulle clausole statutarie di trascinamento (drag-along)*, in *Contr. impr.*, 2015, 31, 627ff; A. Stabilini and M. Trapani, *Clausole di drag along e limiti all'autonomia privata nelle società chiuse*, in *Riv. dir. Comm.*,

question of their validity – should a formal emending procedure be required instead. A solution to that would be attributing a mere clarifying and explicatory value to the side letter.

Since legal and equitable remedies do not offer satisfactory investor protection, it is through the enforceability of contract law instruments that fiduciary managerial duties are modified, or explained, with respect to an individual limited partner. Indeed, notwithstanding the judicial recognition of a duty of care for the managers, the investor may obtain its express definition, as well as the identification of the persons who are liable. In particular, in case of an action for damages, the investor would benefit from suing the fund manager and companies related to his principals.

If, on the one hand, side letters tend to tailor the relationship with the fund, it is worthwhile noticing that they can, on the other hand, standardise the investment's conditions of one subject into a plurality of funds.

The contents of such side letters reveal that their main purpose is granting a wider access to information compared to ordinary investors:

- i)* first, the request for more data concerns decisional processes, the performance of the underlying investments, and other relevant events – for instance, the dismissal of a manager;
- ii)* a second class of provisions favour a prompt disinvestment for an individual limited partner (or for a group of them), which may conflict with the others' interests;
- iii)* typically, GP's remuneration is negotiated, since a fund is the vehicle for pooling capital to entrust to the PE firm; and,
- iv)* the investor may obtain the effect of a *vis expansiva* to his contractual provisions, through a «most favoured nations» («MFN») clause, according to which every beneficial treatment of other investors will benefit him too.

Resorting to side letters elicits some criticism, namely an increase (fragmentation and multi-directionality) of managerial duties, and hence a major risk of liability for the management. In order to not to infringe the equality of treatment among investors, the fund *a*

2010, 949ff; M. Treccani, *Il regolamento dei fondi comuni di investimento*, in G. Gitti, M. Maugeri and M. Notari (eds), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società* (n 1) 255-280; L. Sasso, *Corporate Governance and the Role of Hybrid Financial Instruments in the UK and US*, 2011. Corporate Finance and Capital Markets Law Review, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1934276>.

priori and expressly reserves the right to draw up side letters, from its establishment in the constitutional documents.⁴⁹ Finally, given that limited partners cannot act as managers, although the adoption of side letters aims at reducing agency costs, they can actually involve them in a managerial liability.

⁴⁹ Private international law issues arise as well, for the domiciles of the fund and of the PE firm might differ, hence the problem of identifying the competent jurisdiction in case of litigation.