

*dsg*

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

7

*Nella stessa collana:*

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.

# I DIRITTI SOCIALI COME DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

*a cura di*

ROBERTO CAVALLO PERIN, LEONARDO LENTI  
GABRIELLA M. RACCA, ALESSANDRA ROSSI



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Ricerca e pubblicazione finanziate dall'ARESS Piemonte*

CAVALLO PERIN, Roberto; LENTI, Leonardo; RACCA, Gabriella M.; ROSSI, Alessandra (*a cura di*)  
I diritti sociali come diritti della personalità  
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino  
*nuova serie, 7*  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010  
pp. VIII+236; 24 cm  
ISBN 978-88-495-2015-6

---

© 2010 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
00185 Roma, via dei Taurini 27

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)  
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

# Indice

## CAPITOLO I – *Pluralità di soggetti e di prestazioni nelle obbligazioni* di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi

1. Le prestazioni soggettivamente ed oggettivamente complesse 1
2. Le obbligazioni solidali, divisibili, indivisibili e collettive 2
3. La complessità oggettiva: le prestazioni accessorie e i doveri di protezione 4
4. Il collegamento tra rapporti giuridici. Le prestazioni integrate 7
5. Le prestazioni alternative, generiche e con facoltà alternativa 8

## CAPITOLO II – *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale* di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi

1. Doveri, obblighi e obbligazioni 11
2. Il fondamento giuridico di doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale 12
3. I debitori privati nelle obbligazioni sanitarie e d'assistenza sociale 16
4. Oggetti e caratteri delle obbligazioni e delle prestazioni sanitarie e di servizio sociale 17
5. Gli obblighi di servizio pubblico e i servizi di interesse generale nel diritto comunitario 20
6. Limitazioni amministrative, dovere di salute e trattamenti sanitari obbligatori 24

## CAPITOLO III – *Le prestazioni accessorie in sanità* di Manuela Consito

1. Le prestazioni accessorie di cura dello spirito e dell'anima: l'assistenza religiosa 29
2. (segue): il carattere istituzionale del servizio assistenziale religioso per i fedeli di culto cattolico 33
3. Le prestazioni di igiene e cura personale del ricoverato, gli sportelli bancari, le attività culturali e di animazione e le altre prestazioni accessorie o supplementari 35

4. Le camere mortuarie e l'equivoco del servizio di onoranze funebri	41
5. Lo svolgimento dell'attività libero professionale "intra moenia"	46
6. (segue): la tolleranza verso il servizio infermieristico personalizzato	50
CAPITOLO IV – <i>La «sanitarizzazione» delle prestazioni di servizio sociale attribuite in via principale alle aziende sanitarie</i> di Manuela Consito	
1. Solidarietà collettiva e prestazioni di servizio sociale	55
2. Lo stato di difficoltà e di bisogno come presupposti dell'individuazione delle prestazioni di servizio sociale	58
3. Le prestazioni socio-sanitarie: il giudizio di prevalenza e la "sanitarizzazione" delle prestazioni di servizio sociale	64
4. (segue): la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata	69
5. Il riparto delle spese di ricovero e la giurisdizione	70
CAPITOLO V – <i>Il diritto alla salute e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i> di Roberto Chenal	
1. La rilevanza degli obblighi CEDU	75
2. Il riconoscimento del diritto alla salute nella CEDU	78
3. (segue): l'estensione del concetto di salute: benessere, qualità di vita e autonomia personale	81
4. La responsabilità dello Stato per la violazione dei diritti CEDU	82
5. (segue): la responsabilità dello Stato implicante obblighi positivi di protezione	83
6. Gli obblighi positivi in materia sanitaria: i rapporti tra settore pubblico e settore privato	85
7. (segue): l'accesso gratuito alle cure sanitarie di base: la tutela della vita (articolo 2 CEDU)	86
8. (segue): la tutela dell'integrità fisica (articolo 3 CEDU)	88
9. (segue): la tutela della qualità della vita (articolo 8 CEDU)	89
10. (segue): La qualità della vita delle persone affette da handicap e adeguatezza delle strutture e servizi offerti	90
11. Condizioni di estrema povertà, livello minimo di sostentamento e tutela dell'integrità fisica e psichica	93
CAPITOLO VI – <i>I diritti sociali all'assistenza e alla salute come diritti di credito alle prestazioni di pubblico servizio</i> di Barbara Gagliardi	
1. I diritti di credito degli utenti alle prestazioni di assistenza sanitaria e sociale	97
2. La responsabilità per l'inadempimento del gestore di servizio pubblico di assistenza sanitaria	101

3. La responsabilità da inadempimento nelle prestazioni di servizio sociale e l'azione di rivalsa verso i familiari 106

CAPITOLO VII – *Diritti assoluti della personalità alla salute e alla privacy* di Alessandro Mantelero

1. La nozione di diritto assoluto e quella di diritto relativo 115  
 2. La categoria giuridica dei diritti della personalità 116  
 3. I principali caratteri comuni dei diritti della personalità 120  
 4. La duplice valenza del diritto alla salute 125  
 5. (segue): la dimensione pubblicistica 127  
 6. (segue): la dimensione privatistica 128  
 7. L'assolutezza del diritto nell'interazione con l'agire della pubblica amministrazione 133  
 8. Le origini della nozione di *privacy* 134  
 9. L'esperienza italiana 137  
 10. Il trattamento dei dati personali in ambito sanitario 142

CAPITOLO VIII – *Individui e organizzazioni, pubbliche o private, profit o no profit, professionali o volontarie* di Manuela Consito

1. I servizi alla persona e il principio di sussidiarietà orizzontale tra pubblico e privato 149  
 2. La sussidiarietà interpretata come amministrazione condivisa 153  
 3. Il fondamento della distinzione tra enti *not for profit* e enti *non profit*. L'esempio anglosassone delle *charities* 154  
 4. Il principio di sussidiarietà, l'impresa *not for profit* e le organizzazioni di volontariato 158  
 5. ONLUS, imprese ed enti *non profit*: brevi osservazioni su alcuni diffusi equivoci 164  
 6. Profili di responsabilità del gestore di strutture sanitarie (rinvio) 165  
 7. La disciplina delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza 167  
 8. (segue): la nuova disciplina statale 169  
 9. L'assenza di norme regionali 170  
 10. La destinazione del patrimonio di I.P.A.B. disciolte 171  
 11. Gli obblighi delle I.P.A.B. 173

CAPITOLO IX – *Diritti e obblighi nella solidarietà privata tra legge e contratto* di Joëlle Long

1. Premessa 179  
 2. Solidarietà familiare: diritti e obblighi 182  
 3. (segue): l'inadempimento dei doveri familiari di solidarietà: una panoramica 189  
 4. (segue): il regresso contro i familiari obbligati ex lege 192

5. La solidarietà privata extrafamiliare: le fonti negoziali	201
6. (segue): le fonti legali e giudiziali	203
7. La responsabilità dell'ente privato che svolge attività di assistenza sociale in senso lato	206
<b>CAPITOLO X – <i>Dovere di solidarietà e protezione penale</i> di Maurizio Riverditi</b>	
1. Diritto penale e solidarietà: le ragioni di un binomio	211
2. Il reato omissivo quale principale “manifestazione” della visione solidaristica del diritto penale	213
3. (segue): i “delitti di omessa solidarietà”	214
4. Il dovere di soccorso quale prototipo del dovere di solidarietà	216
5. (segue): i confini del dovere di soccorso: a) le situazioni tipiche di pericolo ed i correlativi doveri d'intervento	218
6. (segue) b) Il ritrovamento della persona in pericolo	220
7. L'omissione di assistenza prevista dall'art. 189 Codice della strada	221
8. La posizione di garanzia (in particolare di protezione)	222
9. (segue): Il dovere di solidarietà e la sua indifferenza rispetto al comportamento pericoloso del “creditore” della prestazione dovuta. Cenni	226
10. L'individuazione del livello minimo di solidarietà generalmente imposto: la soglia del «rischio consentito» e le regole cautelari fondanti il giudizio di colpa penale	228
11. Le potenzialità espansive del dovere di solidarietà: alcuni esempi significativi	229
<i>Elenco degli Autori e dei Curatori</i>	233

## Capitolo I

### *Pluralità di soggetti e di prestazioni nelle obbligazioni*

di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi\*

SOMMARIO: 1. Le prestazioni soggettivamente ed oggettivamente complesse. – 2. Le obbligazioni solidali, divisibili, indivisibili e collettive. – 3. La complessità oggettiva: le prestazioni accessorie e i doveri di protezione. – 4. Il collegamento tra rapporti giuridici. Le prestazioni integrate. – 5. Le prestazioni alternative, generiche e con facoltà alternativa.

#### 1. *Le prestazioni soggettivamente ed oggettivamente complesse*

Secondo le tradizionali classificazioni dell'obbligazione la stessa può avere ad oggetto una prestazione di dare, di fare o non fare, cui un tempo si giustapponevano le obbligazioni di *praestare* aventi ad oggetto la garanzia di un debito altrui (C.M. BIANCA, 1990, 107).

Nella stesse trattazioni giuridiche sulle obbligazioni si è distinto normalmente tra obbligazioni semplici e complesse, quest'ultime suddivise a loro volta in obbligazioni "oggettivamente" e "soggettivamente" complesse.

È detta semplice quando ha ad oggetto un'unica prestazione, al contrario assume carattere complesso l'obbligazione – talora denominata "collettiva" o "multipla" – in cui siano dedotte una pluralità di prestazioni, che possono atteggiarsi in vario modo e specialmente in una relazione di alternativa o accessorietà dell'una all'altra.

Il carattere multiplo della obbligazioni è normalmente riferito al suo oggetto, talora – con argomento ritenuto «artificioso» (F.D. BUSNELLI, 1990, 2) – indica anche le *obbligazioni soggettivamente complesse* (A. DI MAJO, 1990, 31), tutte caratterizzate da una pluralità di soggetti obbligati e denominate obbligazioni *solidali* (artt. 1292 e ss. c.c.), *divisibili* (artt. 1314-1315 c.c.), *indivisibili* (artt. 1316 e ss. c.c.) e *collettive*, cui si aggiungono alcune norme che disciplinano la presenza

\* I paragrafi 1 e 4 sono di Roberto Cavallo Perin; i paragrafi 2, 3 e 5 di Barbara Gagliardi.

di più soggetti nell'ambito di singoli rapporti obbligatori (es. art. 1172 c.c. in tema di deposito, artt. 1840 e 1854 c.c. per cassette di sicurezza e rapporto di conto corrente). La pluralità dei soggetti si riferisce ad un'obbligazione che ha ad oggetto la stessa prestazione (c.d. *eadem res debita*), secondo alcuni anche la stessa ragione o titolo giuridico (c. d. *eadem causa obligandi*) e in tal caso una stessa prestazione è oggetto dell'obbligazione di tanti condebitori o concreditori.

In altre vicende giuridiche la stessa prestazione è oggetto di differenti rapporti la cui relazione non è sempre conosciuta allo stesso modo e allo stesso tempo da tutti i partecipi, ma può assumere rilievo in seguito ove l'adempimento di un obbligo da parte degli uni determini il venire meno dei requisiti essenziali dell'obbligazione degli altri, rendendone impossibile l'oggetto (art. 1325 c.c.) e causando dunque l'invalidità sopravvenuta (art. 1418, co. 2°, c.c.). Possono inoltre derivarne vicende giuridiche ulteriori, come nel caso dell'obbligo di prestare gli alimenti di parenti e affini (art. 433 c.c.) che si sovrappone almeno in parte all'obbligazione di servizio sociale a favore delle persone in stato di bisogno (su cui v. *infra* cap. IX).

Ancora l'autonomia privata (art. 1322 c.c.) o nelle discipline di settore le leggi speciali possono definire il collegamento tra rapporti giuridici normalmente indipendenti, non importa ora se in ragione di una definizione di accessoria, oppure di una alternatività o complementarietà dell'uno rispetto all'altro (*infra* § 4).

## 2. Le obbligazioni solidali, divisibili, indivisibili e collettive

L'obbligazione è in solido (art. 1292 c.c.) quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione e ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità liberando in tal modo gli altri (*solidarietà passiva*), oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione, liberando così il debitore verso tutti (*solidarietà attiva*).

Mentre la solidarietà attiva opera solo quando espressamente prevista, quella passiva è presunta tutte le volte che vi siano più debitori, salvo sia stabilito altrimenti dalla legge o dal titolo (art. 1294 c.c.). Né essa è incompatibile con la previsione di diverse modalità di adempimento per i singoli debitori o a beneficio dei diversi creditori (art. 1293 c.c.).

All'obbligazione solidale può corrispondere tanto un *interesse comune* a tutte le parti, ove le stesse si prefigurano l'attuazione di un medesimo rapporto economico (es. obbligazione di pagare il prezzo di un bene acquistato in comune), tanto un *interesse esclusivo* di una

delle parti, le quali abbiano *ab origine* posto in essere un rapporto accessorio rispetto ad altro principale (es. fideiussione *ex art.* 1944 c.c.). Se ne esclude così la responsabilità «sussidiaria», cioè la possibilità di escutere un debitore soltanto subordinatamente all'inadempimento di quello principale.

La sussistenza di un interesse «comune» oppure «unisogettivo» ha particolari conseguenze sui rapporti interni tra concreditori e condebitori: soltanto nel primo caso infatti l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o creditori (art. 1298 c.c.), con possibilità per il debitore che abbia pagato l'intero debito di esercitare l'azione di regresso nei confronti degli altri al fine di recuperare l'eccesso rispetto alla propria quota (art. 1299 c.c.). Non può dividersi invece l'obbligazione solidale contratta nell'interesse esclusivo di un solo debitore.

In entrambi i casi la solidarietà risponde ad una funzione di rafforzamento dell'interesse creditorio (A. DI MAJO, 1979, 306).

Della dettagliata disciplina offerta dal codice civile per le obbligazioni solidali e in special modo per i rapporti interni tra concreditori e condebitori sono state proposte diverse chiavi di lettura: si sono invocati il principio di parità di trattamento, da cui discenderebbe la presunzione di uguaglianza delle quote per le quali è tenuto ciascuno (art. 1299 c.c.); quello di estensione degli effetti favorevoli agli altri condebitori/concreditori e di non estensione di quelli viceversa sfavorevoli, che opera ad esempio nella disciplina della costituzione in mora (art. 1308) o in quella del riconoscimento del debito (art. 1309); il principio di non propagazione agli altri dei fatti strettamente personali, che ispira il regime delle eccezioni opponibili (art. 1297 c.c.), della transazione (art. 1304 c.c.), degli effetti della sentenza (art. 1306, co. 2°, c.c.); o infine quello di propagazione degli effetti *pro quota*, salva l'impossibilità della divisione, che si ritrova nella compensazione e nella confusione (artt. 1302 e 1303 c.c.).

È stata ad esempio affermata la responsabilità solidale per inadempimento (art. 1218 c.c.) del chirurgo e della clinica privata presso cui questi abbia operato, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, nel caso in cui una paziente abbia riportato dei danni per l'omessa disinfezione degli strumenti chirurgici utilizzati in un intervento di liposuzione (Cass., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826). Al contrario non è solidale la responsabilità dei genitori che abbiano violato l'obbligo di vaccinazione della figlia, dovendo ciascuno rispondere della sanzione amministrativa irrogata a titolo personale e secondo i principi previsti dal codice penale in tema di concorso di persone nella determinazione di un evento (art. 110 c.p.; Cass., sez. II, 30 giugno 2006, n. 15088).

La disciplina delle obbligazioni solidali (artt. 1292-1313) è estesa

a quelle indivisibili, in quanto applicabile e salve le norme che il codice civile ad esse espressamente dedica (artt. 1317-1320).

Sono definite in tal modo le obbligazioni aventi ad oggetto «una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura» o volontà delle parti (art. 1316 c.c.), perché ne è impossibile il frazionamento senza alternarne la funzione economica (F.D. BUSNELLI, 1990, 4), ove la qualificazione – poiché riferita ad un modo di essere della prestazione – si distinguerebbe dalla solidarietà, che attiene invece ad un carattere del vincolo tra le parti, o secondo alcuni ad una modalità di attuazione del rapporto (F.D. BUSNELLI, 1979, 6).

Un tipo particolare di obbligazione indivisibile è quella detta «ad attuazione congiunta» (F.D. BUSNELLI, 1979, 332-333; F.D. BUSNELLI, 1990, 7), il cui oggetto è costituito da una molteplicità di prestazioni le une accessorie alle altre e caratterizzate da un adempimento necessariamente simultaneo da parte di tutti gli obbligati, adempimento che produce un risultato qualitativamente diverso dalla somma delle singole prestazioni (es. l'obbligazione di un complesso musicale o di una compagnia di attori).

Sono dette obbligazioni divisibili – o con altra qualificazione comunemente ritenuta più corretta parziarie o «ad attuazione parziaria» (F.D. BUSNELLI, 1990, 5; A. DI MAJO, 1979, 302) – quelle aventi ad oggetto una prestazione divisibile in regime non solidale, per cui «ciascuno dei creditori non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte e ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte» (art. 1314 c.c.). Ad esse si applica la norma sul diritto del creditore di rifiutare l'adempimento parziale «salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente» (art. 1181 c.c.).

Si parla infine di «obbligazioni collettive» per designare con espressione di sintesi le obbligazioni facenti capo a collettività organizzate non aventi personalità giuridica (condomini, associazioni non riconosciute, comitati, società di persone, ecc.), ove la comunione di interessi ha carattere non occasionale e acquisisce talora rilevanza in norme sulla responsabilità patrimoniale dei gruppi (es. artt. 37, 38, 2267 c.c.), giustificata in sede teorica con il ricorso alla nozione di “soggettività giuridica” (P. RESCIGNO, 1979, 169; G.L. PELLIZZI, 1993; B. CARBONI, 1998).

### 3. *La complessità oggettiva: le prestazioni accessorie e i doveri di protezione*

Le obbligazioni oggettivamente complesse si distinguono in alternative o cumulative, a seconda che le prestazioni dedotte siano tutte dovute o il debitore per liberarsi debba eseguirne una soltanto.

Nelle obbligazioni cumulative i rapporti tra le singole prestazioni dedotte nell'unico rapporto obbligatorio possono atteggiarsi in vario modo: normalmente talune sono subordinate rispetto ad una prestazione principale il cui adempimento è preordinato alla soddisfazione dell'interesse del creditore (art. 1174 c.c.). La subordinazione qualifica variamente la prestazione come preliminare all'esecuzione della principale oppure come integrativa della sua efficacia, perché in ogni caso la prima è causalmente funzionale o strumentale alla seconda, dunque può dirsi rispetto alla principale una prestazione accessoria.

Il "contratto misto" è un'obbligazione ad oggetto complesso che definisce in un unico rapporto alcune prestazioni normalmente oggetto della disciplina di differenti "contratti tipici", o ancora «la combinazione e il mescolamento in un unico contratto di elementi di diversi tipi contrattuali». La natura mista del contratto o delle obbligazioni complesse rievoca la questione dell'individuazione della disciplina applicabile ai contratti atipici, risolta dalla dottrina mediante le teorie della "prevalenza" (o assorbimento), della "combinazione" o "dell'applicazione analogica" (S.O. CASCIO e C. ARGIROFFI, 1988, 4).

Può essere ricostruito come obbligazione ad oggetto complesso il c.d. "contratto di speditività", in cui l'organizzazione sanitaria – pubblica o privata – assume l'obbligazione principale di erogare la prestazione di cura e diagnosi, rispetto a cui hanno carattere accessorio la somministrazione e fornitura di farmaci (Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016), o i servizi alberghieri e di ristorazione, di pulizia o di apprestamento del personale medico, paramedico e ausiliario e delle attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni od emergenze (Cass., sez. III, 28 novembre 2008, n. 24742; Cass., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; Trib. Milano, 30 settembre 2009; Trib. Milano, 10 settembre 2007, *P.P. c. Fondazione Centro S. Raffaele*).

Prestazioni che sono accessorie poiché sono esigibili solo in occasione, sul presupposto o a causa della principale, mentre sono irrilevanti a tal fine gli ulteriori elementi essenziali o accidentali dell'obbligazione, come la definizione di un corrispettivo unitario o plurimo che deve essere pagato non importa se ad un unico gestore-debitore oppure ad una pluralità di essi, da parte del degente o con addebito al servizio sanitario nazionale o a terzi come le assicurazioni o i familiari.

Va del pari ritenuta accessoria la prestazione di trasporto disabili svolta da una fondazione che ha stipulato una convenzione con l'U.S.L. per erogare le prestazioni principali di riabilitazione previste dal servizio sanitario nazionale (T.a.r. Sicilia, sez. I, 23 settembre 2002, n. 2525).

Tra le prestazioni che accedono all'obbligazione principale del "contratto di spedalità" vi sono le informazioni al paziente – denominate "consenso informato" – sulla «natura dell'intervento medico e chirurgico, la sua portata ed estensione, i rischi, i risultati conseguibili, le possibili conseguenze negative, la possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e i rischi di questi ultimi» (Codice di deontologia medica, artt. 33-38; D.P.C.M. 19 maggio 1995, *Schema generale di riferimento della «Carta dei servizi pubblici sanitari»*, all. 7, Artt. 5-6). L'obbligo di rispettare «nell'ambito della medicina e della biologia (...), il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» è affermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza del 2000, art. 3, § 2; sull'efficacia della Carta di Nizza: E. FALLETTI, 2009, 73 ss.; A. CELOTTO, 2006, 329 ss.; S. CANTONI, 2005, 781; M. CARTABIA e A. CELOTTO, 2002, 4477 ss.), oltre che nella Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 *per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina*, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145, ma non entrata in vigore per il mancato deposito dello strumento di ratifica (artt. 5-9).

Il fondamento di diritto interno è dato direttamente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché in quanto recettivo degli artt. 11 e 117, co. 1°, come sintesi tra il diritto all'autodeterminazione personale e quello alla salute (Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253; Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438; Trib. Milano, sez. IV, 4 marzo 2008; Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741; Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791; Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444; Trib. Milano, sez. V, 16 giugno 2008, n. 7772; Trib. Trapani, 20 gennaio 2009; da ultimo: M. FRAZZINI – M. SGROI, 2009, 187 ss.; B. SALVATORE, 2009, 33 ss.; M. RIARIO SFORZA, 2008, 3363 ss.). È previsto espressamente l'obbligo di informazione in tema di interruzione volontaria della gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194, art. 14), per donazioni di sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche (l. 21 ottobre 2005, n. 219, art. 3, co. 2°) e in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6); a suo fondamento si richiama poi abitualmente il principio di normale volontarietà delle cure (l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33).

Ha carattere complesso anche la prestazione d'assistenza, che integra di norma un fare frutto di una combinazione di singole attività, così il dovere *ex lege* di istruire la prole minorenni (artt. 147, 279 c.c.) ove si definiscono una pluralità di prestazioni: dei genitori di trasmettere le proprie conoscenze, ma anche di curare affinché i figli minorenni frequentino la scuola giovando delle prestazioni di

pubblico servizio di scuole statali o paritarie (art. 34 Cost.) e assicurando al contempo le prestazioni accessorie dei mezzi economici a tal fine necessari (v. *infra* cap. IX).

Si ritiene integrino prestazioni accessorie anche i c.d. «obblighi di protezione» individuati a carico del debitore quando l'esecuzione della prestazione principale sia suscettibile di provocare o accrescere le occasioni di lesione della sfera di integrità personale o patrimoniale del creditore.

Quando un degente abbia provocato la caduta in corridoio di un altro si è affermata in capo all'ospedale una responsabilità per inadempimento contrattuale (art. 1218 c.c.) per violazione dell'obbligazione accessoria di salvaguardia dell'incolumità dei pazienti (Trib. di Monza, 22 ottobre 2001, *Olivari c. Soc. Clinica Zucchi*). Si ha inadempimento dell'obbligazione di trasporto sanitario qualora non si adottino le necessarie misure di sicurezza per il trasporto in autoambulanza, come ove si abbia lasciato assumere al paziente una posizione scorretta con danno alla persona (Cass., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23851); o ancora vi è inadempimento ove l'ospedale manchi nella protezione e vigilanza dei neonati o delle persone sotto effetto di anestetici poiché si trovano in una condizione di «autotutela menomata o mancante» e sono incapaci di proteggersi e provvedere a loro stessi (per rapimento o scomparsa di neonato: Cass., sez. III, 4 agosto 1987, n. 6707; per violazione dell'assistenza al degente caduto da un letto privo di sponde: Trib. Roma, sez. XII, 5 agosto 2004).

Talora la prestazione accessoria a carattere “protettivo” può essere definita contrattualmente o *ex lege* a favore di un terzo che direttamente acquista uno specifico diritto di credito, così il medico che si impegna non soltanto a prestare alla gestante «le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione», ma altresì ad effettuare tutte le prestazioni occorrenti per garantire al feto una nascita indenne. Una volta nato si riconosce a quest'ultimo la capacità giuridica ed i genitori potranno agire in suo nome per far valere l'inadempimento del medico dell'obbligazione assunta nei confronti del neonato (Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001; Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503).

#### 4. Il collegamento tra rapporti giuridici. Le prestazioni integrate

Sono detti “collegati” i rapporti giuridici connessi perché l'uno è destinato allo svolgimento o all'attuazione dell'altro, oppure anche solo lo facilita, lo assicura o modifica, senza potersi sempre individuare una dipendenza giuridica di un rapporto rispetto all'altro.

Il collegamento detta le sorti giuridiche dei due rapporti: l'invalidità, l'inefficacia, la rescissione e la risoluzione del primo determinano quella del secondo, così l'inadempimento dell'uno rende a sua volta impossibile l'altro; può imporre la stessa forma giuridica, influenzarne i contenuti o il regime delle eccezioni opponibili (F. MESSINEO, 1962, 52-53). Gli esempi più comuni sono dati dalla garanzia reale, che è unita da un vincolo di accessorietà rispetto al debito garantito, o dai patti parasociali rispetto al contratto societario.

Qualificare invece come "integrate" le prestazioni che mantengono una propria individualità è scelta specifica del settore sanitario e sociale ove viene utilizzata dalle norme di settore al fine precipuo di individuare nei confronti dei gestori sia i debitori del corrispettivo sia la distribuzione dei relativi pesi.

L'integrazione – e non l'unicità – delle prestazioni socio-sanitarie soddisfa contemporaneamente il bisogno sanitario e il bisogno sociale di una stessa persona individua, integrazione che per sintesi il legislatore ha diversamente definito come «prestazioni sanitarie a rilevanza sociale», «prestazioni sociali a rilevanza sanitaria» e «prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria», a seconda del prevalere di una componente rispetto all'altra (d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, art. 3 *septies*, d.lgs. d.P.C.M. 14 febbraio 2001, *Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*; v. *infra* cap. IV, cap. IX).

L'integrazione mantiene infatti distinte le componenti con attribuzione della competenza all'amministrazione locale per la definizione delle prestazioni sociali e a quella regionale per le sanitarie, cui segue la distribuzione del corrispondente onere finanziario (per tutti: Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2009, n. 461; Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2009, n. 9; Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, nn. 3 e 6; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 111; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2005, n. 3741; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, sez. II, 15 settembre 2005, n. 1384).

##### 5. *Le prestazioni alternative, generiche e con facoltà alternativa*

Sono obbligazioni alternative o disgiuntive quelle in cui siano sin dall'origine dedotte due o più prestazioni e il debitore si liberi eseguendone una soltanto, coesistendo due o più oggetti *in obligatione* ed uno solo *in solutione*.

Trattasi, secondo la ricostruzione prevalente, di un'obbligazione unica con un oggetto plurimo (per la pluralità di obbligazioni: F. GIRINO, 1990, 2), sicché si è evidenziato che solo impropriamente si parla di "*obbligazioni alternative*" – così come di "*obbligazioni pe-*

*cuniarie, generiche o indivisibili*” – ponendosi l’alternativa e le altre qualificazioni solo con riferimento alle *prestazioni* che più propriamente sono l’oggetto dell’obbligazione (A. CHECCHINI, 1991, 4).

Costituisce un’obbligazione alternativa – e non un’ipotesi di bene offerto in pagamento (*datio in solutum*: art. 1197 c.c.) – l’appalto di lavori in cui sia previsto dal contratto che il corrispettivo possa consistere in una somma di denaro oppure nell’assegnazione di parte delle opere realizzate (Cass., sez. I, 20 febbraio 2004, n. 3379), come del pari alternativa è la prestazione prevista in una vendita in cui l’acquirente si sia obbligato a saldare il prezzo previa accensione di un nuovo mutuo a suo nome oppure ad accollarsi quello intestato al venditore (Cass., 28 marzo 1988, n. 2616).

La disciplina generale del codice civile (artt. 1285-1291 c.c.) è derogata da alcune ipotesi tipiche: il legato alternativo (art. 665 c.c.), la restituzione di cosa determinata ove deteriorata (art. 2037 c.c.) per alcuni il debito di somma di monete non aventi corso legale nello Stato (art. 1278 c.c.; C. M. BIANCA, 1990, 162) e lo stesso risarcimento del danno ove l’alternativa è tra forma specifica ed equivalente in danaro (A. DI MAJO e B. INZITARI, 1979, 212).

La riduzione, denominata *concentrazione*, delle prestazioni alternative ad una sola – non importa se per caso o volontà – individua la prestazione dovuta ed esclude ogni altra dedotta nell’obbligazione, che si trasforma da complessa in semplice. Ove la pluralità delle prestazioni alternative venga meno per impossibilità sopravvenuta non imputabile alle parti si determina la concentrazione dell’obbligazione sull’unica prestazione ancora esigibile, distinguendosi con ciò le obbligazioni alternative dalle facoltative (Cass., sez. lav., 8 maggio 2009, n. 10633; Cass., sez. lav., 16 agosto 2000, n. 10853). La concentrazione volontaria deriva normalmente dalla scelta del debitore, eventualmente anche del creditore o di un terzo, scelta che da taluno è ritenuta un negozio giuridico unilaterale e recettizio poiché chi la esercita dispone della propria posizione giuridica (C. M. BIANCA, 1990, 129), da altri un atto esecutivo preordinato al mero adempimento della prestazione (A. DI MAJO e B. INZITARI, 1979, 218).

L’obbligazione generica (art. 1178 c.c.) – che è un’obbligazione di dare una certa quantità di un bene individuato solo nel genere di appartenenza, ma non ulteriormente specificato – ha in comune con l’obbligazione alternativa un oggetto inizialmente indeterminato. Se nell’obbligazione alternativa la determinazione della prestazione si ha con la concentrazione, nella generica è l’atto di *individuazione* del bene che lo separa dal genere di appartenenza segnandone normalmente il passaggio di proprietà e del relativo rischio.

Nelle obbligazioni generiche l’interesse del creditore alla presta-

zione è senz'altro unitario e va identificato nella disponibilità di cose appartenenti ad un *genus* determinato, non importa quali purché almeno di media qualità, mentre nelle obbligazioni alternative vengono in rilievo interessi differenti del creditore correlati alle diverse prestazioni (A. DI MAJO e B. INZITARI, 1979, 215).

### Bibliografia

- E. BETTI, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, in *Teoria generale dell'obbligazione*, Milano, 1954;
- C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1990;
- F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 329 ss.;
- F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazione (IV – obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- S. CANTONI, voce *Unione europea – Trattato di Nizza (Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, agg. 2005, 776 ss.;
- B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998;
- M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4477 ss.;
- S.O. CASCIO e C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988;
- A. CELOTTO, *Giudici nazionali e carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Giust. amm.*, 2006, 329 ss.;
- A. CHECCHINI, voce *Prestazione (I – diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1990;
- A. DI MAJO, voce *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- A. DI MAJO, voce *Obbligazione solidali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 297 ss.;
- A. DI MAJO e B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 212 ss.;
- E. FALLETTI, voce *Carta di Nizza (carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. 2009, Torino, 73 ss.;
- M. FRAZZINI e M. SGROI, *Le obbligazioni del medico e il consenso informato*, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 299/300, 180 ss.;
- F. GIRINO, voce *Obbligazione (III – obbligazioni alternative e facoltative)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 48 ss.;
- G.L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur.*, 1993, Roma, vol. XXIX;
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 133 ss.;
- M. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, vol. IV, 2008, 3363 ss.

## Capitolo II

### *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*

di Roberto Cavallo Perin e Barbara Gagliardi\*

SOMMARIO: 1. Doveri, obblighi e obbligazioni. – 2. Il fondamento giuridico di doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale. – 3. I debitori privati nelle obbligazioni sanitarie e d'assistenza sociale. – 4. Oggetti e caratteri delle obbligazioni e delle prestazioni sanitarie e di servizio sociale. – 5. Gli obblighi di servizio pubblico e i servizi di interesse generale nel diritto comunitario. – 6. Limitazioni amministrative, dovere di salute e trattamenti sanitari obbligatori.

#### 1. *Doveri, obblighi e obbligazioni*

S'intende per dovere giuridico, a differenza di quello morale e sociale, la situazione di soggezione ad un potere o ad un diritto assoluto altrui (es. di proprietà, o della personalità) che in particolare sottopone una o più persone ad un comportamento – anche omissivo – di questi non oggetto di un'obbligazione (per tutti: P. RESCIGNO, 1979, 140, che segnala l'incostanza del linguaggio legislativo).

Tra i doveri si sono precisati gli obblighi come posizione giuridica di svantaggio cui corrisponde la pretesa ad un altrui comportamento, più precisamente il diritto relativo d'altri a pretendere un comportamento determinato (SANTI ROMANO, 1983, 104 s., spec. 105; R. GUASTINI, 1990, 4; ID, 1990; cfr. G. LOMBARDI, 2002, 357; G. PECES BARBA MARTINEZ, 1990, 139; A. DI MAJO, 1990; F. ROSELLI, 1990; T. MARTINES, 2000, 112; A. CERRI, 1990; ID., 1990).

A sua volta l'obbligazione è ritenuta specie del genere obblighi e perciò dei doveri (R. GUASTINI, 1990, 2), distinta per le fonti dalle quali deriva (art. 1173 c.c.) e per la prestazione che ne forma l'oggetto che – oltre a corrispondere ad un interesse del creditore – deve avere carattere patrimoniale, cioè dev'essere suscettibile di valutazione economica (art. 1174 c.c.; cfr. art. 1321 c.c.).

Tale carattere patrimoniale è di norma desunto dal corrispettivo

\* I paragrafi 1, 2 e 3 sono di Roberto Cavallo Perin, i paragrafi 4, 5 e 6 di Barbara Gagliardi.

in danaro o da una penale per l'inadempimento (G. GORLA, 1955, 107 ss., 240 ss.; C.M. BIANCA, 1990, 78-79) e sta ad indicare come «in un dato ambiente giuridico-sociale i soggetti siano disposti ad un sacrificio economico per godere i vantaggi di quella prestazione» (M. GIORGIANNI, 1951, 11). Altri più direttamente ritengono che il corrispettivo o la penale siano indici non della patrimonialità ma della *giuridicità* dell'obbligazione (per tutti: T. TORRESI, 2008, 334), da cui deriva in capo al soggetto attivo creditore la legittimazione a preten-derne l'adempimento.

Il carattere patrimoniale definisce dunque l'obbligazione tra gli obblighi e il diritto di credito tra i diritti relativi, quest'ultimi spettanti anch'essi nei confronti di persone determinate ed aventi ad oggetto del pari una pretesa ad un altrui comportamento, senza tuttavia potere ravvisare in tale posizione un prevalente carattere patrimoniale della prestazione (F. GALGANO, 1999, 7; P. VERCELLONE, 2002, 949, 1009; sulla distinzione tra diritti relativi e assoluti v. *infra* cap. VII).

La patrimonialità della prestazione non esclude che l'obbligazione sia preordinata alla soddisfazione di un interesse non patrimoniale del creditore, interesse che non è perciò suscettibile di valutazione economica, ma che attiene alla sua persona e può essere «di indole morale o intellettuale o estetica o affettiva» (P. RESCIGNO, 1979, 195; A. DI MAJO, 1990, 19).

Tale è il caso della maggioranza delle obbligazioni sanitarie o di assistenza, in cui il corrispettivo versato dal creditore o per lui da un terzo (es. un ente pubblico, un familiare o un altro soggetto obbligato) può corrispondere all'interesse non economico ad ottenere una prestazione ... di compagnia, di assistenza (v. *infra* cap. IX), di conseguire una completa e rapida guarigione o che allievi la sofferenza (cure palliative, ecc.). La prestazione di assistenza può dunque essere oggetto di una obbligazione perché il corrispettivo è suscettibile di valutazione economica (ex art. 1174 c.c.), fermo restando l'interesse non sempre economico del creditore alla prestazione.

## 2. *Il fondamento giuridico di doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*

Il riconoscimento e la tutela in Costituzione del diritto alla salute e del diritto all'assistenza sociale (artt. 2, 3 co. 2°, 32 e 38) è al tempo stesso fondamento delle correlate situazioni giuridiche di soggezione (dovere, ecc.) che trovano ulteriore definizione nella legislazione o negli atti amministrativi di attuazione e pianificazione delle pubbliche amministrazioni come il piano sanitario nazionale e i piani sani-

tari regionali (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, artt. 1) e il piano nazionale, i piani regionali e i piani di zona degli interventi e dei servizi sociali (l. 8 novembre 2000, n. 328, artt. 18 e 19; sui «programmi assistenziali»: Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20114).

L'idea di «diritti finanziariamente condizionati» ha certo sottolineato l'inesigibilità delle posizioni soggettive in ragione delle sole norme costituzionali o di legge (Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455; cfr. R. FERRARA, 1995, 534; R. CAVALLO PERIN, 1998, 60 ss.), ma la tesi non è mai giunta a negare delle norme in esame ogni rilevanza giuridica a tutela di interessi concreti. Se ciò è evidente per la norma costituzionale che prevede cure gratuite agli indigenti (art. 32, co. 1°, Cost.; sul carattere relativo dell'indigenza: M. LUCIANI, 1991, 9; P. SANTINELLO, 1995, 117) la considerazione vale anche per l'individuazione nel diritto alla salute di un «nucleo essenziale» non suscettibile di compressione (Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267), sino a giungere all'idea che la disciplina costituzionale possa legittimare addirittura l'assunzione a carico del Servizio sanitario nazionale della spesa per prestazioni sanitarie «atipiche», cioè il pagamento di farmaci somministrati ai pazienti affetti da patologie tumorali oggetto soltanto di una sperimentazione («*multitrattamento Di Bella*»: Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185; in tema E. BRUTI LIBERATI, 2003). Similmente si è riconosciuto un «nucleo indefettibile» nel diritto fondamentale dei disabili all'istruzione (artt. 34 e 38 Cost.), non suscettibile di compressione e dunque «limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore», con conseguente illegittimità dell'abrogazione di una norma che prevedeva ore di sostegno aggiuntive per gli alunni affetti da disabilità particolarmente gravi (Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80; v. anche Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251).

Correttamente si è anche rilevato che la mancanza di una disciplina legislativa può essere – al contrario – fonte di responsabilità per inadempimento sul modello della nota sentenza «Francovich» (C.G.Ce, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90), purché della disciplina costituzionale possa darsi un'interpretazione capace di fondare un obbligo di cura o d'assistenza degli enti od organi che costituiscono la Repubblica italiana (A. GIORGIS, 2006, 1908-1909).

Altri hanno rilevato il carattere relativo dell'affermata distinzione tra diritti sociali e altri diritti di libertà ed ancor più se da essa si pretende di derivare un'asserita rilevanza di costi nei primi ed un'assenza di peso per la collettività nei secondi (S. HOLMES e C.R. SUNSTEIN, 2000). La distinzione pare infatti non solo dogmaticamente imprecisa, ma all'evidenza sembra elidersi «in tempi di terrorismo, di im-

migrazione e di aumento dell'insicurezza percepita (ove) non è più spendibile il vecchio argomento dei liberali da Guerra fredda: che i diritti «sociali» siano costosi, mentre i diritti «di libertà» siano a costo zero» (M. BARBERIS, 2008, 203; M. LUCIANI, 1991, 3).

Sennonché a potere essere revocata in dubbio è proprio l'idea che vi sia tra Costituzione e sua attuazione un rapporto a “rime obbligate” rivalutandosi al contrario una pluralità per così dire “di attuazioni” tutte compatibili con la Costituzione (G. ZAGREBELSKY, 1988, 301), ciascuna delle quali non sempre è desumibile a priori o intuibile dal testo costituzionale, ma è espressione anzitutto di un potere di scelta tra gli interessi in gioco che è demandato ad organi ed enti della Repubblica italiana perché dotati di autonomia amministrativa (artt. 114-118 Cost.) o legislativa (artt. 114-117 Cost.) o forniti di indipendenza giuridica (artt. 1-114-101 Cost.; A. ROMANO – R. CAVALLO PERIN, 2006, 3 ss.), taluni dei quali trovano nel principio di ragionevolezza (arg. ex art. 3, Cost.) il principale o l'unico limite costituzionale all'esercizio dei relativi poteri. Proprio la «Repubblica» (art. 32 Cost.) è l'espressione di sintesi dedicata dalla Costituzione ai soggetti obbligati a dare tutela al diritto alla salute; mentre ad «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato» si riferisce la stessa fonte per indicare i soggetti capaci di offrire soddisfazione ai diritti di assistenza (v. *infra* cap. VIII).

In tale contesto non è parso un fuor d'opera individuare – a fianco del diritto assoluto alla salute esigibile *erga omnes* (Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172 e Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88; nonché M. SANTILLI e A. GIUSTI, 1991, 7 e *infra* cap. VII) – anche veri e propri diritti di credito alle prestazioni sanitarie nei limiti di qualità e quantità definiti dai programmi di servizio pubblico, siano essi norme di legge o atti amministrativi di programmazione o pianificazione, capaci di selezionare tutti gli elementi essenziali dell'obbligazione: anzitutto il debitore verso gli utenti, il tipo di prestazioni, la quantità e i ritmi di erogazione delle stesse, nonché i creditori (R. CAVALLO PERIN, 1998, 62 ss.; ID., 2006, 616; *infra* cap. VI; Cons. St., 26 marzo 2001, n. 1720; Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5402; T.a.r. Puglia, sez. III, 9 luglio 2008, n. 1674). La natura giuridica del diritto di credito dell'utente verso il gestore non è discussa ove il suo esercizio sia condizionato in concreto da «atti di ammissione» e *a fortiori* dalla stipulazione di contratti di utenza (A. DE VALLES, 1924, 177; R. ALESSI, 1956; G. NAPOLITANO, 2001, 293 ss.; G. ALPA, 1986, 107 ss.; L. MANCINI, 2002, 113 ss.; F. GALGANO, 1997).

Altra e diversa questione sono i limiti costituzionali e più in generale di legislazione vigente sulla definizione dei soggetti legittimati a divenire titolari di una posizione soggettiva pretensiva – non im-

porta ora se di interesse legittimo o di diritto di credito – all'erogazione della prestazione di pubblico servizio, se cioè tali prestazioni spettino a tutti gli amministrati o soltanto ai cittadini. È noto che spettano anche agli stranieri – anche *irregolari* – le «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio» e l'applicazione dei «programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva», oltre che per «interventi di prima assistenza» (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, artt. 2, 35; d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 129, lett. h; l. n. 328 del 2000, cit., art. 2, co. 1°; in tal senso già la l. 12 febbraio 1968, n. 132, c.d. *legge Mariotti*; Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252; Cass., sez. I, 22 settembre 2006, n. 20561; A. PITINO, 2009, 517 ss.; E. GROSSO, 2007, 157 ss.).

Ai soli stranieri *regolarmente soggiornanti sul territorio* è riconosciuta invece in condizioni di parità con i cittadini italiani la tutela del servizio sanitario nazionale, l'assistenza sociale, l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali predisposte per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia (d.lgs. n. 286 del 1998, cit., artt. 2, 34, 40 e 41), con previsione che ha esteso il diritto alla parità di trattamento e alla piena eguaglianza rispetto ai cittadini italiani, compreso il diritto «all'uso dei servizi sanitari e sociali», già riconosciuto agli stranieri extracomunitari *lavoratori e legalmente residenti* (l. 30 dicembre 1986, n. 943, art. 1).

Il superamento della condizione di lavoratore quale requisito per la fruizione delle prestazioni di assistenza sociale è stato affermato da ultimo in materia di indennità di accompagnamento e pensione di inabilità, ove è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la norma che subordinava il riconoscimento delle prestazioni alla titolarità della carta di soggiorno, in vece del solo permesso (l. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 80, co. 19). Si è ritenuto irragionevole per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost., subordinare le prestazioni a favore dei totalmente inabili al lavoro al possesso di un titolo di legittimazione che impone una determinata capacità reddituale (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306 e Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 11). La limitazione del diritto all'assegno d'invalidità ai soli titolari di carta di soggiorno (l. 23 dicembre 2000, n. 338, at. 90, co. 19) contrasta invece con il divieto di trattamenti discriminatori di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14) e con l'art. 117, co. 1, Cost., poiché si tratta di provvidenza destinata a «fornire alla persona un minimo di “sostentamento”, atto ad assicurarne la sopravvivenza» che costituisce un «diritto fondamentale della persona umana» (Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187).

### 3. I debitori privati nelle obbligazioni sanitarie e d'assistenza sociale

Obblighi particolari di prestazioni a tutela della salute sono posti in capo ai datori di lavoro, ove si prevede che essi adottino «nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 c.c.), con previsione di principio che ha trovato specificazione in numerose leggi speciali (su tutti il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ma anche d.lgs. 19 novembre 2007, n. 257, sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici; d.lgs. 25 luglio 2006, n. 257 sulla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione all'amianto; d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 25, sulla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici durante il lavoro, ecc.). A carico del datore di lavoro è inoltre posto l'obbligo di corrispondere la retribuzione o un'indennità in caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio del lavoratore, qualora non siano previste dalla legge «forme equivalenti di previdenza o di assistenza» (art. 2110 c.c.; in tema si veda Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 559; C. SMURAGLIA, 1991, 1 ss.).

Ulteriori obblighi sono stati individuati a tutela della salute del consumatore, con particolare riguardo alla sicurezza dei prodotti, specialmente in ambito alimentare (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 104 ss., ma anche d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, in tema di etichettatura dei prodotti alimentari, ecc.).

I soggetti privati o più precisamente gli individui sono direttamente indicati dalla legge come obbligati ad erogare determinate prestazioni di assistenza verso altre persone che si trovino in "*istato di bisogno*". Così l'obbligazione alla corresponsione degli alimenti (art. 438 c.c.) che trova fondamento in legge (art. 1173 c.c.), la quale perciò può essere intesa come norma di diritto pubblico che limita l'autonomia privata nella disciplina delle relazioni tra i componenti la famiglia, oppure come norma d'attuazione del c.d. principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, u.c., Cost.) che assume un carattere di vero e proprio dovere giuridico a causa ed in forza del principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

Per tale ragione il «dovere istituzionale» di soccorso delle persone in stato di bisogno che fonda l'intervento degli enti territoriali non può che essere inteso giuridicamente in via sostitutiva – o per l'appunto in via sussidiaria – secondo un principio che perciò fonda e al tempo stesso limita l'esercizio del diritto di rivalsa dell'ente pubblico che agisce contro i familiari, cioè gli obbligati *ex lege* in via princi-

pale (Cass., sez. I, 16 marzo 2001, n. 3822; Cass., sez. I, 14 ottobre 1992, n. 11209; v. *infra* cap. VI e IX).

Oltre all'obbligazione agli alimenti si ritrovano in legge ulteriori obblighi stabiliti dal diritto di famiglia tra cui spiccano quelli di mantenimento, educazione e istruzione dei figli (art. 147 c.c.) o d'assistenza morale e materiale tra i coniugi (art. 143 c.c.), o di quella dovuta da chiunque abbia ritrovato un fanciullo minore di anni dieci o altra persona incapace di provvedere a se stessa (v. *infra* cap. IX; con particolare riguardo all'omissione di soccorso: *infra* cap. X), infine specifici obblighi di assistenza possono derivare in capo ai privati da provvedimenti di volontaria giurisdizione o dalla stipulazione di contratti (*infra* cap. IX).

Al di fuori delle ipotesi di legge l'assistenza dei privati è stata allora ritenuta oggetto di un'*obbligazione naturale* cui l'ordinamento giuridico riconnette l'effetto della c.d. *soluti retentio*, cioè dell'impossibilità di ripetere quanto prestato o pagato a tale titolo (art. 2034 c.c.): così le prestazioni di alimenti in favore di figli non riconosciuti né riconoscibili, quelle al convivente *more uxorio* in occasione della cessazione della relazione o durante la stessa, le prestazioni alimentari tra parenti non obbligati, purché sia provata la preesistenza di un rapporto affettivo o ancora l'atto di colui che, avendone i mezzi, soccorre chi versa in stato di bisogno (C.M. BIANCA, 1990, 777 e ss.; L. BALESTRA, 2004, 233 ss. e 254 ss.; qualifica in termini di "atto di liberalità" il comportamento di chi, pur in difetto di un obbligo giuridico, abbia sopperito alle spese di un parente: Corte cost., 23 gennaio 1990, n. 11).

#### 4. *Oggetti e caratteri delle obbligazioni e delle prestazioni sanitarie e di servizio sociale*

Gli obblighi posti dalla legge in capo al Servizio sanitario nazionale investono non soltanto prestazioni di diagnosi e cura (assistenza ospedaliera), ma anche attività di carattere preventivo di tutela dell'igiene e salute pubblica nell'ambito degli ambienti di vita e di lavoro, con interventi di profilassi delle malattie infettive e parassitarie e di controllo dei fattori di rischio, oltre che l'assistenza sanitaria di base in ambito distrettuale (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 1; sul punto: S. MARZOT, 2008, 5 ss.).

Tra l'utente e il servizio sanitario nazionale si instaura un rapporto giuridico di obbligazione avente ad oggetto le prestazioni sopra indicate, che taluno ha ritenuto trovi fondamento nei "contratti di ospedalità" che verrebbero "tacitamente" stipulati dagli utenti con le strutture ospedaliere, ma più semplicemente per il servizio pubblico il ti-

tolo giuridico dell'obbligazione è dato dalla legge e dagli atti di pianificazione e programmazione nazionali e regionali che definiscono le prestazioni principali di assistenza sanitaria, rispetto alla quale sono complementari ed accessori la somministrazione e fornitura di farmaci, i servizi alberghieri, di ristorazione, di pulizia o ancora di apprestamento del personale medico, paramedico e ausiliario, oltre che ulteriori obblighi di protezione dell'utente (v. *supra* cap. I).

Ha carattere misto, o complesso, anche l'obbligazione derivante dai contratti di assistenza (*infra* cap. IX) che grava sui servizi sociali e investe le «attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi ... o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita» (l. n. 328 del 2000, cit., art. 1).

Dai contenuti dell'obbligazione discende in molti casi l'identificazione del debitore della prestazione, che è il comune di residenza dell'utente (l. n. 328 del 2000, cit., art. 6, co. 4° e art. 30, che abroga il c.d. "domicilio di soccorso" previsto dalla l. 17 luglio 1890, n. 6972, art. 72; per tutte: Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3439; TAR Puglia, sez. I, 26 marzo 2009, n. 678; TAR Lombardia, 20 aprile 2006, n. 404; Id., sez. I, 28 febbraio 2005, n. 468) in ragione del carattere socio-assistenziale della prestazione ogni volta in cui essa sia «di mera sorveglianza e assistenza non sanitaria» (fra molte: Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629; Cass., sez. I, 10 maggio 1999, n. 4621; Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481; Cass., sez. I, 20 novembre 1996, n. 10150; Cass., sez. I, 1° ottobre 1994, n. 7989), o ancora sia «meramente sostitutiva dell'assistenza familiare» perché si traduce in un'«esclusiva assistenza negli atti della vita quotidiana» (per tutte: Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2009, n. 461; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3103; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2004, n. 479).

Non è invece un mero servizio sociale quello di asilo nido, perché la prestazione non si riduce ad un sostegno delle famiglie nella cura dei figli o di supporto per facilitare l'accesso dei genitori al lavoro, ma comprende anche finalità formative dei bambini (Corte cost., 23 dicembre 2003, n. 370; Corte cost., 22 novembre 2002, n. 467; M. CONSITO, 2009, 5214 e s.).

Si è individuata la rilevanza sanitaria della prestazione, con connessa obbligazione del Servizio sanitario nazionale, tutte le volte in cui siano somministrati trattamenti farmacologici che necessitano dell'attività di personale sanitario professionalmente idoneo per la loro intrinseca pericolosità (Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006, n. 4695; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2003, n. 3377); non solo per le prestazioni preordinate alla guarigione o riabilitazione del paziente, ma anche per quelle aventi carattere meramente palliativo (Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006,

n. 4693), o di contenimento dei disturbi dell'infermità in atto (Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2004, n. 306; per ulteriori approfondimenti v. *infra* cap. III e cap. IV).

Che si tratti di prestazioni sanitarie o di servizio sociale, l'obbligazione è "di mezzi", perché il soggetto passivo è liberato anche ove non sia raggiunto il risultato auspicato dalle parti, ma sia data prova dell'esecuzione diligente, con rispetto delle norme di prudenza, delle linee guida e dei protocolli (Cass., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918; Trib. Bari, sez. II, 8 luglio 2009, n. 2300; Trib. Milano, sez. V, 22 aprile 2008, n. 40662; M. FRAZZINI e M. SGROI, 2009, 184). Si è ammessa un'eccezione per le sole prestazioni di chirurgia estetica, che possono in taluni casi costituire l'oggetto di un'obbligazione di risultato (Cass., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014).

La prestazione deve consistere in un "servizio" (bene o attività) determinato, ivi compresa la corresponsione di un contributo economico, cioè un'obbligazione avente ad oggetto prestazioni di dare o fare, secondo la ripartizione tradizionale. Talora si è proposta la classificazione delle pretese corrispondenti ai diritti sociali in ragione del tipo di prestazione, secondo che essa consista in una somma di denaro, in un bene o servizio producibile anche da un privato e dunque convertibile in una somma di denaro, o in un bene o servizio producibile, anche per considerazioni di opportunità, soltanto dalla pubblica amministrazione (A. GIORGIS, 2006, 1907). La coesistenza dei due tipi di prestazione è particolarmente evidente nell'ambito delle obbligazioni di assistenza sociale (si veda in particolare la l. n. 328 del 2000, cit., art. 17, ove sono disciplinati i «titoli per l'acquisto di servizi sociali» dai soggetti accreditati del sistema integrato di interventi e servizi sociali, o ancora gli emolumenti derivanti da invalidità civile, cecità e sordomutismo di cui all'art. 24 e il reddito minimo di inserimento *ex art.* 23: in tema M. CONSITO, 2005, 3131 e *infra* cap. IV), ma assume rilevanza anche per il Servizio sanitario nazionale qualora si stabilisca l'obbligo di garantire cure sanitarie all'estero, con rimborso del costo della prestazione direttamente alla struttura straniera che abbia erogato il servizio per i lavoratori migranti, oppure all'utente in presenza delle condizioni definite *ex lege*, cioè la previa autorizzazione rilasciata dal Centro regionale di riferimento in ragione del carattere di altissima specializzazione del centro di cura (come definito dal d.M. 3 novembre 1989, n. 851700) e dell'impossibilità di fruire in Italia di analoga prestazione tempestivamente o in forma adeguata alle particolarità del caso clinico (l. 23 ottobre 1985, n. 595; in tema da ultimo G. URBANO, 2009, 479 e ss.; sui limiti dell'assistenza sanitaria estera per tutte: Cass., sez. III, 17 maggio 2007, n. 11462; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1902; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2003, n. 7595).

### 5. *Gli obblighi di servizio pubblico e i servizi di interesse generale nel diritto comunitario*

Il diritto comunitario definisce “servizi di interesse generale” le attività assoggettate a specifici obblighi di servizio pubblico per il conseguimento di obiettivi di pubblico interesse, tra i quali si distinguono i servizi di interesse *economico* generale, ulteriormente caratterizzati dal rilievo economico dell’attività esercitata (Commissione, *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def., p. 7; Comunicazione della Commissione, *I servizi d’interesse generale in Europa*, Bruxelles, 20 settembre 2000, COM(2000), 580 def.; Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467). Solo a questi servizi a carattere economico si applicano le norme comunitarie in materia di tutela della concorrenza e sul divieto di aiuti di Stato (rispettivamente artt. 101 e ss. e art. 107 e ss., Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, già artt. 81 e ss. e 87 e ss. TCe), oltre che il diritto di stabilimento (artt. 49 e ss., Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, già artt. 43 TCe), rimanendo viceversa «impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico» (Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, Protocollo n. 26, art. 2).

I servizi sanitari e sociali possono ben presentare carattere economico, poiché è considerata tale «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un’impresa, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento», ove è una caratteristica “essenziale” il prestare l’attività «dietro retribuzione», non importa se pagata dai beneficiari delle prestazioni o da altri e se con scopo di lucro o meno (Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d’interesse generale nell’Unione europea*, Bruxelles, 24 giugno 2006, COM(2006) 177 def., p. 7; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, che accompagna la comunicazione “Un mercato unico per l’Europa del XXI secolo”, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., p. 5; sul carattere inessenziale della qualità di imprenditore ai fini della definizione di operatore economico di università e istituti di ricerca: C. giust. Ce, sez. IV, 23 dicembre 2009, C- 305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare*; di un’associazione incaricata dell’organizzazione di gare motociclistiche: C. giust. Ce, grande sezione, 1° luglio 2008, C- 49/07, *Motosykletistiki Osmospondia Ellados NPID (MOTOE)*).

È stata così qualificata impresa ai sensi della disciplina sulla concorrenza l'attività di un'organizzazione sanitaria che fornisce servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto malati a fronte di un corrispettivo (C. giust. Ce, sez. V, 25 gennaio 2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*).

La previsione di obblighi di servizio pubblico trova causa in un'insufficienza o "fallimento" del mercato, cioè nell'incapacità di vedervi assicurata un'allocatione ottimale delle risorse che garantisca la fruizione di tali servizi ad un prezzo abbordabile per i consumatori o con una copertura territoriale sufficiente, senza perciò escludere la libertà commerciale dell'imprenditore (Trib. Ce, sez. III, 12 febbraio 2008, T-289/03, *British United Provident Association LTD (BUPA)*).

La scelta di imporre obblighi siffatti è espressione di autonomia politica degli enti territoriali – che si tratti dello Stato o degli enti locali – e sfugge di per sé al controllo della Comunità europea, salvo errore manifesto (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo", *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, cit., par. 3).

L'esigenza di soddisfare gli obblighi di servizio pubblico consente di derogare alle norme a tutela della concorrenza, nei limiti in cui esse «ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione (loro) affidata» e sempreché lo sviluppo degli scambi non sia pregiudicato in misura tale da compromettere gli interessi della Comunità (art. 106, § 2, Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, già art. 86, § 2, TCe).

Il riconoscimento di *diritti speciali ed esclusivi* a vantaggio delle imprese incaricate della gestione di tali servizi è così legittimo tutte le volte in cui essi siano necessari a un esercizio dell'attività «in condizioni economicamente accettabili», o di «equilibrio economico», compensando i costi aggiuntivi non redditizi che non sarebbero assunti se si calcolassero esclusivamente le convenienze imprenditoriali (C. giust. Ce, 23 maggio 2000, C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds/ Miljøsektion (FFAD)*; C. giust. Ce, 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*; C. giust. Ce, 23 ottobre 1997, C-158/94, *Commissione c. Repubblica Italiana*).

Qualora la scelta dell'impresa incaricata degli obblighi di servizio pubblico non venga effettuata all'esito di una procedura di gara, i costi e le relative misure di compensazione vanno determinati sulla base di un'analisi delle spese che avrebbe dovuto sopportare «un'impresa media gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi»

(Trib. Ce, T-289/03 del 2008, cit.; C. giust. Ce, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*).

In tal senso è compatibile con la tutela della concorrenza l'attribuzione in esclusiva del trasporto dei malati – settore redditizio – ad un'organizzazione sanitaria al fine di compensare i costi derivanti dal trasporto d'urgenza che al contrario è un settore non redditizio (C. giust. Ce, sez. V, C-475/99 del 2001, cit.).

Gli obblighi di servizio pubblico possono inoltre essere compensati con l'attribuzione di appositi *finanziamenti*, direttamente in forma di sovvenzioni o indirettamente con il riconoscimento di trattamenti fiscali differenziati o con la riduzione degli oneri contributivi gravanti sull'imprenditore. Tali contributi sono sottratti all'applicazione delle norme sul divieto di aiuti di stato purché indirizzati alle sole attività di interesse generale e non estesi alle prestazioni supplementari da esse scindibili e purché strettamente proporzionali ai suddetti obblighi e dunque nella sola misura necessaria a «coprire le spese risultanti dallo svolgimento della missione e che non sarebbero state sostenute da un ente operante esclusivamente in base ai criteri del mercato» («stretta necessità della compensazione»; C. giust. Ce, sez. III, 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi ausiliari dottori commercialisti*; C. giust. Ce, C-280/00 del 2003, cit.; C. giust. Ce, 23 ottobre 1997, C-159/94, *Commissione c. Repubblica francese*; C. giust. Ce, 9 ottobre 2001, C-400/99, *Repubblica Italiana c. Commissione*; Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, cit., p. 8). Il carattere di corrispettività ne esclude la natura di aiuto e rende inutile il richiamo dello stesso art. 106, § 2: non sono deroghe alla tutela della concorrenza poiché i destinatari non ne traggono un vantaggio finanziario idoneo a collocarli in una posizione più favorevole sul mercato. Essi quindi sfuggono all'onere di preventiva comunicazione alla Commissione a fini di accertamento della compatibilità con il Trattato (art. 107 e ss. Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, già art. 87 e ss. TCE), sempreché sia chiarita e risulti da un «atto giuridico» la missione di interesse generale e sia «diretta e manifesta» la corrispondenza tra gli obblighi e i contributi (C. giust. Ce, 27 novembre 2003, cause riunite da C-34/01 a C-38/01; *Enirisorse SpA*; D. CASALINI, 2003, 2690 ss.).

Il minimo comune denominatore di tali obblighi di servizio pubblico è rappresentato dal servizio universale, la continuità, l'accessibilità delle tariffe, la qualità del servizio e la tutela degli utenti (Commissione, *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, cit., p. 16 e ss.; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 36; R. CAVALLI PERIN, 2006, 612 ss.; ID., 2001, 41 ss.; E. FALLETTI, 2009, 73

ss.; A. CELOTTO, 2006, 329 ss.; S. CANTONI, 2005, 776 ss.; M. CARTABIA e A. CELOTTO, 2002, 4477 ss.).

Il primo obbligo di servizio pubblico – denominato servizio universale – prevede il «diritto» di ogni cittadino di accedere ai servizi essenziali cui è correlato l'obbligo dei produttori di erogare il servizio in conformità ad una determinata regolazione, che assicuri l'accesso ad un prezzo «abbordabile» dagli utenti, il mantenimento di definiti standard di qualità in ragione degli sviluppi tecnologici, economici, politici e sociali di una comunità e di norma una copertura territoriale totale. Di recente si è ammessa la non incompatibilità con il servizio universale di un campo di applicazione territoriale o materiale ristretto o ancora il beneficio ad un gruppo limitato di persone (Trib. Ce, T-289/03 del 2008, cit.; cfr. G.F. CARTEI, 2002, *passim*; A. PERICU, 2001, 175 ss.).

È ritenuto compatibile con la concorrenza prevedere nell'interesse economico generale che determinate attività si conformino al principio di continuità, garantendo che l'erogazione «avvenga senza interruzioni» e quindi imponendo al produttore – senza perciò poter negare il diritto di sciopero e il rispetto delle norme di legge (riposo infrasettimanale e ferie, orari di lavoro, ecc.) – l'obbligo di svolgere la propria attività senza soluzione di continuità e secondo il ritmo definito per l'erogazione delle prestazioni dal programma di servizio pubblico (*supra* par. 2).

Il principio di accessibilità delle tariffe impone agli Stati membri di prevedere criteri di definizione dei prezzi che consentano a tutti di accedere ai servizi con particolare attenzione alle «esigenze e alla capacità» di gruppi di utenti ritenuti «vulnerabili o marginali», garantendo l'effettività dell'offerta calmierata con controlli sui prezzi o sussidi ai consumatori.

Elemento fondamentale della regolazione dei servizi di interesse generale è la definizione, il monitoraggio e l'applicazione di «requisiti di qualità» delle prestazioni che spetta agli Stati membri individuare e far rispettare, con pubblicazione di informazioni sugli standard di qualità e sulle effettive prestazioni degli operatori.

La tutela degli utenti e dei consumatori è infine quella generale e comune ad ogni attività di impresa.

Gli indicati principi sono rivolti ad ogni produttore che intenda svolgere un'attività considerata di interesse generale, caratterizzata dalla possibilità e talvolta dal dovere degli Stati membri di prevedere gli stessi come obbligo di servizio pubblico, di cui tuttavia non si enuncia la sanzione, lasciandone così aperta agli Stati membri la definizione dell'esatta configurazione giuridica, con differenti soluzioni tra le quali si possono comprendere l'affermazione dei principi come con-

tenuto di vere e proprie obbligazioni *ex lege* a favore degli utenti (v. *infra* cap. VI), oppure comminare per l'inosservanza di tali obblighi – unicamente o in concorso con l'obbligazione di favore per gli utenti – sanzioni penali o amministrative, pecuniarie o interdittive (chiusura temporanea dell'esercizio, decadenza dall'autorizzazione, ecc.).

Anche la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Roma nel 1950; l. 4 agosto 1955, n. 848) è stata invocata a fondamento di un obbligo dello Stato di assistenza sanitaria e sociale come parte del riconosciuto diritto alla vita (art. 2), alla tutela contro gravi lesioni dell'integrità fisica (trattamenti inumani) e psichica (trattamenti degradanti, art. 3) e alla tutela della vita privata, familiare e del domicilio (art. 8: v. *infra* cap. V).

#### 6. *Limitazioni amministrative, dovere di salute e trattamenti sanitari obbligatori*

Particolari obblighi a carattere igienico-sanitario derivano dalle limitazioni amministrative connaturate ai diritti di iniziativa economica privata e di proprietà, le quali ne definiscono le modalità di esercizio per finalità di polizia sanitaria e quindi di tutela della salute pubblica e della salubrità ambientale, come le distanze previste per le industrie insalubri (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, artt. 216-217), o le prescrizioni a carattere tecnico imposte per le emissioni in atmosfera, gli scarichi di acque reflue o lo smaltimento dei rifiuti dalle norme di diritto ambientale e dai connessi provvedimenti autorizzativi (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; sulle limitazioni amministrative si vedano G. FRAGOLA, 1910, 171 e 54; G. VIGNOCCHI, 1953, *passim*; G. VIGNOCCHI, 1975, 730 e ss.; B. GAGLIARDI, 2006, 29 ss.).

Tali particolari obblighi concorrono nella stessa definizione dei diritti della personalità, ma anche di quelli a carattere patrimoniale come la proprietà privata, sicché la loro violazione pare assumere i caratteri dell'abuso del diritto (da ultimo: C. RESTIVO, 2007; M. MESSINA, 2004; P. RESCIGNO, 2001).

È infine esclusa la sussistenza di un generico "dovere di salute" in capo ai singoli, inteso come un dovere di cura della propria persona, e talora anche come «dovere di mantenersi in vita» (C. CASONATO, 2009, 1055; G.U. RESCIGNO, 2008, 104 ss.; L. D'AVACK, 2008, 759 ss.; A. SIMONCINI e E. LONGO, 2006, 664 ss.), salva la possibilità di prevedere in legge trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, co. 2°, Cost.), ove tuttavia la legittimità della previsione è subordinata a specifiche garanzie procedurali previste dalla legge e alla coesistenza, a fianco dell'interesse individuale, dell'interesse collettivo al

contenimento del pericolo per la salute pubblica (L. MEZZETTI e A. ZAMA, 1995, 338; Cass., sez. II, 30 giugno 2006, n. 15088; Cass., sez. I, 24 marzo 2004, n. 5877).

### Bibliografia

- R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956;
- G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 107 ss.;
- L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, cont. da P. Schlesinger, Milano, 2004;
- M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Milano, 2008;
- C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1990;
- E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano, 2003;
- S. CANTONI, voce *Unione europea – Trattato di Nizza (Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, agg. 2005, 776 ss.;
- M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4477 ss.;
- G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002;
- D. CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm.- CdS*, 2003, 2690 ss.;
- C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1052 e ss.;
- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- R. CAVALLO PERIN, *Art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 604 ss.;
- R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.;
- A. CELOTTO, *Giudici nazionali e carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Giust. amm.*, 2006, 329 ss.;
- A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1990;
- A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, 1990;
- M. CONSITO, *Il reddito minimo di inserimento e il reddito di ultima istanza: un confronto tra prestazioni di servizio sociale*, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 3131 ss.;
- M. CONSITO, *Asili nido*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., tomo III, Milano, 2009, 5214 ss.;
- L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, 759 ss.;
- A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. VI, pt. I, dir. da V.E. Orlandi, Milano, 1924;

- A. DI MAJO, voce *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- E. FALLETTI, voce *Carta di Nizza (carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. 2009, Torino, 73 ss.;
- R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pub.*, vol. XIII, Torino, 1995, 513 ss.;
- E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, XI ss.;
- G. FRAGOLA, *Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà, con speciale riferimento ai regolamenti comunali*, Milano, 1910;
- M. FRAZZINI e M. SGROI, *Le obbligazioni del medico e il consenso informato*, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 299/300, 180 ss.;
- B. GAGLIARDI, *La polizia locale dei comuni*, Napoli, 2006;
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, T. I, Padova, 1999;
- F. GALGANO, Relazione al Convegno *I Poteri privati*, tenutosi a Torino, Villa Gualino, 3-4 aprile 1997;
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, vol. I, Milano, 1951;
- A. GIORGIS, voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, vol. III, 2006, 1903 ss.;
- G. GORLA, *Il contratto*, vol. I, Milano, 1955;
- E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in *Cittadinanza, Corti e Salute*, a cura di R. Balduzzi, Padova, 2007, 157 ss.;
- R. GUASTINI, voce *Dovere giuridico*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- R. GUASTINI, voce *Obbligo*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990;
- S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000;
- G. LOMBARDI, voce *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg.-VI, Milano, 2002, 357 ss.;
- M. LUCIANI, voce *Salute (diritto alla salute – diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991;
- L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113 ss.;
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 2000, Milano;
- S. MARZOT, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *San. pub. e priv.*, 2008, IV, 5 ss.;
- M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004;
- L. MEZZETTI e A. ZAMA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pub.*, vol. XIV, Torino, 1995, 336 ss.;
- G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, I, Padova, 1966;
- G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;
- G. PECES BARBA MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pub.*, vol. V, Torino, 1990, 139 ss.;
- A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, 175 ss.;
- A. PITINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in *Quad. reg.*, 2009, 491 ss.;

- G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in Atti del Convegno *La concessione di servizio pubblico* (S. Margherita Ligure 26-27 marzo 1993), Milano, Giuffrè, 1995, già in *Dir. amm.*, 1994, 201 ss.;
- G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85 ss.;
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 140 ss.;
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001;
- C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007;
- A. ROMANO e R. CAVALLO PERIN, *Art. 1*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 1 ss.;
- F. ROSELLI, voce *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990;
- A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, 163 ss.;
- SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico. Doveri, Obblighi*, Milano, 1983, 104 ss.;
- M. SANTILLI e A. GIUSTI, voce *Salute (tutela della salute – diritto civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991;
- P. SANTINELLO, voce *Servizio Sanitario Nazionale*, in *Dig. disc. pub.*, vol. XIV, Torino, 1995, 117 ss.;
- A. SIMONCINI e E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. art. 1-54, Torino, 2006, 655 ss.;
- C. SMURAGLIA, voce *Salute (tutela della salute – diritto del lavoro)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991;
- T. TORRESI, *Elementi costitutivi del rapporto obbligatorio. Le obbligazioni naturali e reali*, in *Le obbligazioni*, a cura di P. Fava, T. I, Milano, 2008, 321 ss.;
- G. URBANO, *Le situazioni giuridiche soggettive dell'utente per le prestazioni sanitarie all'estero*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 479 ss.;
- P. VERCELLONE, *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, Milano, 2002;
- G. VIGNOCCHI, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, Bologna, 1953;
- G. VIGNOCCHI, voce *Limitazioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1975, vol. XXIV, 730 ss.;
- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.



## Capitolo III

### *Le prestazioni accessorie in sanità*

di Manuela Consito

SOMMARIO: 1. Le prestazioni accessorie di cura dello spirito e dell'anima: l'assistenza religiosa. – 2. (segue): il carattere istituzionale del servizio assistenziale religioso per i fedeli di culto cattolico. – 3. Le prestazioni di igiene e cura personale del ricoverato, gli sportelli bancari, le attività culturali e di animazione e le altre prestazioni accessorie o supplementari. – 4. Le camere mortuarie e l'equivoco del servizio di onoranze funebri. – 5. Lo svolgimento dell'attività libero professionale "intra moenia". – 6. (segue): la tolleranza verso il servizio infermieristico personalizzato.

#### 1. *Le prestazioni accessorie di cura dello spirito e dell'anima: l'assistenza religiosa*

In attuazione del disposto costituzionale che garantisce pari dignità sociale a tutti i cittadini senza distinzione di religione e a tutte le confessioni religiose eguale libertà davanti alla legge (artt. 3, 7, 8, 19, 20 Cost.), nonché in osservanza della Dichiarazione universale dei diritti umani (10 dicembre 1948), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1950), della Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione basata sulle religioni o sulla fede (1981), dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose o linguistiche (Risoluzione delle Nazioni Unite 18 dicembre 1992), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 10), della Costituzione europea (art. II, 70), presso le strutture di ricovero del servizio sanitario nazionale, le case di cura e di riposo è assicurata l'assistenza religiosa e spirituale nel rispetto della volontà e della libertà di coscienza dell'individuo.

L'assistenza religiosa e spirituale è ritenuta riconducibile alla funzione garantista dello Stato in ordine al fenomeno religioso che si esplica in una duplice direzione, assicurando il libero esercizio della fede religiosa e realizzando la parità di trattamento tra le diverse con-

fessioni religiose in ordine al soddisfacimento dei bisogni spirituali (P. MAIOLATESI, 1).

Secondo tali profili un intervento positivo dello Stato trova giustificazione ove l'individuo versi in particolari situazioni ostative alla libera fruizione dell'assistenza religiosa e spirituale connesse al suo permanere in condizioni che costituiscono limitazioni di fatto alla libertà personale, di cui il ricovero in istituti di cura e ospedali risulta esemplificazione (P. MAIOLATESI, 1; C. CARDIA, 1992, 285 e s.).

Vi è chi sottolinea talune differenze nella garanzia, da parte dello Stato, ora dell'assistenza spirituale ora dell'assistenza religiosa, in ragione della diversa terminologia utilizzata talora con riguardo rispettivamente al culto cattolico o ai culti da questo diversi.

Nella prima sono ricondotte in via generale attività complesse non esclusivamente attinenti all'esercizio del culto, né rivolte al solo soddisfacimento di bisogni religiosi, ma anche comprensive di interventi di promozione della personalità dell'individuo.

Secondo tale approccio vi risulta ricompresa l'assistenza religiosa in un rapporto di *genus a species*, ove quest'ultima è da intendersi limitata alla celebrazione di funzioni religiose ordinarie e straordinarie, correlate ai meri bisogni religiosi degli individui (G. DALLA TORRE, 1990, 378, 390, 392).

Sono prestazioni di assistenza religiosa: la cura delle anime, l'apporto al processo terapeutico dell'ammalato, la relazione di sostegno psicologico a livello umano e sociale, il ministero spirituale attuato in forma individuale e/o comunitaria mediante la celebrazione del culto, l'amministrazione dei sacramenti, la catechesi, l'organizzazione di attività pastorali e culturali religiose, il contributo in materia etico-religiosa nei comitati etici e nella formazione del personale in attività di servizio, le prestazioni di carattere amministrativo per l'organizzazione e le esigenze di ufficio (certificazioni, corrispondenza, archivio, custodia della cappella, degli arredi e delle suppellettili sacre).

Poiché la struttura ospedaliera è ambito istituzionale tradizionale nel quale fornire dette prestazioni, l'evoluzione normativa in tema mostra il passaggio da un sistema di erogazione del servizio garantito a livello di ordinamento interno o di statuto della singola struttura interessata ad un sistema istituzionalizzato oggetto di puntuale disciplina con previsione di un servizio di assistenza religiosa stabile e a istituzione necessaria all'interno di ogni singolo ospedale, casa di cura o di riposo (l. 3 agosto 1862, n. 753; l. 12 febbraio 1968, n. 13, artt. 19, 39, 42; d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, art. 35; d.P.C.M. *Schema generale di riferimento della «Carta dei servizi pubblici sanitari»*, all. 8, punto 44).

Si tratta di un ufficio ecclesiastico organizzato dalla amministra-

zione di riferimento come servizio offerto a chi ne faccia domanda, la cui effettiva prestazione è legata sia alla disponibilità del ministro di culto di cui venga richiesto l'intervento, sia alla buona volontà di chi, ricevuta la richiesta da parte dell'organizzazione cui appartiene, è chiamato a darvi corso (F. FINOCCHIARO, 2003, 97).

Al riguardo già l'originaria disciplina sull'ordinamento dei servizi interni ospedalieri ha stabilito che «l'ordinamento del servizio di assistenza religiosa cattolica è determinato dai regolamenti interni, deliberati dagli enti ospedalieri, d'intesa con gli ordinari diocesani competenti per territorio. L'organizzazione interna dell'assistenza religiosa agli infermi è stabilita d'accordo con la direzione sanitaria, in modo che qualsiasi cerimonia o manifestazione religiosa sia coordinata con i servizi ospedalieri. Tutto il personale è tenuto a trasmettere alla direzione sanitaria le richieste di assistenza religiosa a lui rivolte da infermi di qualunque religione. La direzione sanitaria provvede a reperire i ministri di religione diversa dalla cattolica secondo la richiesta dell'infermo. Il relativo onere è a carico dell'ente ospedaliero» (d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, art. 35).

Dalla lettura della norma emerge la diversa regolamentazione dettata per la religione cattolica e le altre confessioni religiose, ove significativa è la differenziazione nell'organizzazione e successiva prestazione del servizio in esame, che è garantito per i degenti di culto cattolico attraverso la predisposizione di strutture e personale, mentre negli altri casi risulta affidato alla direzione ospedaliera su espressa richiesta dell'interessato (v. *infra*).

Una tale distinzione, giustificata con la maggior diffusione della religione cattolica nella società italiana, non è parsa coerente ad un ordinamento giuridico ispirato al pluralismo confessionale (P. MAIOLATESI, 3; F. BOLOGNINI, 2002, II, 456 e s.) e pertanto è da ritenersi superata dalla successiva evoluzione legislativa in materia, maggiormente ispirata al principio della parità dei culti in ordine al trattamento assistenziale religioso dei degenti.

Il riferimento è in particolare alla disciplina di riforma del servizio sanitario nazionale del 1978, che ha assicurato in ogni struttura di ricovero del servizio sanitario nazionale, pubblica o privata, un servizio di assistenza religiosa da realizzare nel rispetto della volontà e della libertà di coscienza del cittadino in collaborazione con le rispettive confessioni religiose.

Secondo disposizione generale spetta all'unità sanitaria locale (da intendersi ora come azienda sanitaria locale) provvedere per l'ordinamento del servizio d'intesa con le autorità religiose competenti per territorio, identificate per il caso della religione cattolica con gli ordinari diocesani (l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 38).

Si afferma un principio di collaborazione reciproca che, con riguardo ai rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica, trova radici nell'enunciato del Nuovo Concordato, ove si ribadisce come sia compito della Repubblica assicurare che la degenza in ospedali, case di cura o assistenza pubbliche non possa dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto dei cattolici. In particolare è ivi prevista la conclusione di specifiche intese tra le autorità statali ed ecclesiastiche rispettivamente competenti per la determinazione dello stato giuridico e dell'organico degli ecclesiastici preposti all'assistenza spirituale, nonché le modalità di svolgimento del servizio (Accordo tra lo Stato italiano e la Santa Sede, 18 febbraio 1984, art. 11).

Il principio di collaborazione trova pari enunciazione anche nelle disposizioni delle Intese stipulate tra il Governo italiano e le confessioni diverse dalla cattolica con specificazione nelle norme che affermano unicamente come l'accesso dei ministri negli istituti ospedalieri, nelle case di cura e di riposo debba essere «libero e senza limitazioni di orario» (l. 11 agosto 1984, n. 449, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, art. 6, c. II; l. 22 novembre 1988, n. 517, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia*, art. 4 c. II; l. 22 novembre 1988, n. 516, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del settimo giorno*, art. 8, c. II; l. 8 marzo 1989, n. 101, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane*, art. 9, c. II; l. 12 aprile 1995, n. 116, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*, art. 6, c. II; l. 29 novembre 1995, n. 520, *Norme per la regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia*, art. 6, c. II; bozza di Intesa con l'Unione buddista italiana, 20 marzo 2000, art. 4; bozza di Intesa con i Testimoni di Geova, 20 marzo 2000, art. 3).

Costituiscono ipotesi particolare gli ospedali evangelici presenti in Genova, Napoli, Pomaretto, Torino e Torre Pellice, che la Tavola valdese afferma non essere tenuti a disporre il servizio di assistenza religiosa.

Nel rispetto della libertà di coscienza dei ricoverati e delle loro famiglie, l'assistenza spirituale da parte di qualsiasi confessione religiosa è assicurata nei detti ospedali, senza limiti di orario, a cura della direzione dell'ospedale, tramite gli organi di ciascuna confessione religiosa e ad esclusivo carico dei medesimi (l. n. 449 del 1984, cit., art. 7).

In ordine all'attuazione dei disposti ricordati è dato rinvenire una

corrispondente disciplina legislativa e regolamentare di livello regionale (C. CARDIA, 1996, 425, 426; per un esempio l.r. Lombardia, 12 marzo 2008, n. 3, art. 7, c. II), ove, con particolare riguardo alla Regione Piemonte, oltre al protocollo d'Intesa tra la Regione medesima e la Conferenza episcopale piemontese del 22 luglio 1998, sono da ricordare, da ultimo, il Piano socio sanitario 2007-2010, che garantisce a ciascun ricoverato che lo richieda l'assistenza religiosa e spirituale secondo il proprio credo, nonché la deliberazione della giunta regionale in merito all'affidamento all'azienda ospedaliera universitaria S. Giovanni Battista di Torino delle attività di coordinamento del progetto regionale per l'attivazione dei servizi di assistenza religiosa/spirituale, anche non cattolica, nei presidi ospedalieri delle aziende sanitarie regionali (Deliberazione 14 luglio 2008, n. 8-9172).

Sono, queste, prestazioni per le quali appare essenziale che l'erogazione sia affidata ad organizzazioni rappresentative di una determinata comunità sociale, poiché ciò che assume rilievo per i destinatari è l'appartenenza alla comunità ove si esprimono determinate abitudini, particolari sensibilità o culture di riferimento e la cui generalizzazione a tutte le confessioni religiose potrebbe divenire oggetto di una carta di servizi (R. CAVALLO PERIN, 1998, 94).

2. *(segue): il carattere istituzionale del servizio assistenziale religioso per i fedeli di culto cattolico*

L'indicata evoluzione normativa conferma come le strutture del servizio sanitario nazionale, oltre a soddisfare le esigenze di igiene e di tecnica ospedaliera, siano tenute a garantire anche il servizio di assistenza religiosa, che, ove intesa come attività che concorre al miglioramento dei servizi erogati dalle aziende sanitarie e al processo terapeutico dell'ammalato, pare qualificabile come offerta di prestazioni necessarie e accessorie proprie del contratto di ospedalità, poiché ulteriori ma connesse alla prestazione principale di diagnosi e cura (v. *supra*, cap. I; sul carattere necessario del servizio di assistenza religiosa: Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 1995, n. 1576; v. Regione Piemonte, Conferenza episcopale italiana, Protocollo di Intesa 22 luglio 1998, art. 4; da ultimo: Regione Veneto, deliberazione della giunta, 24 novembre 2009, n. 3583, art. 2).

È dato rilevare, in proposito, il permanere di talune distinzioni in ordine alle prestazioni rese in rapporto alla confessione religiosa interessata.

Significative sono, al riguardo, le disposizioni sulla prestazione di servizi di assistenza spirituale contenute nelle Intese stipulate dal Go-

verno italiano con i culti non cattolici, ove affermano, quale principio comune, che l'onere economico del servizio in oggetto è posto a carico della rispettiva confessione religiosa di riferimento (l. n. 449 del 1984, cit., artt. 5, 6, 8; l. n. 517 del 1988, cit., art. 10; l. n. 516 del 1988, cit., art. 5; l. n. 101 del 1989, cit., art. 9, c. II; l. n. 116 del 1995, cit., art. 7; l. n. 520 del 1995, cit., art. 6, c. II; bozza di Intesa con l'Unione buddista italiana, 20 marzo 2000, art. 4; bozza di Intesa con i Testimoni di Geova, 20 marzo 2000, art. 3, 4).

In proposito si evidenzia il compito dello Stato di assicurare a tutti gli interessati la piena libertà di avvalersi dell'assistenza religiosa, ponendo i ministri di qualsiasi confessione in condizione di svolgere liberamente la loro azione pastorale (P. MAIOLATESI, 2; V. PARLATO, 1996, 59).

Tuttavia è differente l'organizzazione del servizio, ove per i fedeli del culto cattolico è garantito in forma istituzionale, talora nella forma della cappellania, con il conseguente impegno economico in termini di spesa assunto dall'amministrazione pubblica (F. FINOCCHIARO, 2003, 100; TAR Abruzzo, 21 gennaio 2006, n. 77).

In particolare l'assistenza religiosa e spirituale per i cattolici importa che gli ecclesiastici incaricati siano nominati per chiamata dalle competenti autorità italiane (es. direttore generale dell'a.s.l. o dell'a.s.o.) non in forza del previo espletamento di una procedura concorsuale ma su designazione dell'autorità ecclesiastica (ordinario diocesano), secondo lo stato giuridico, l'organico e le modalità stabiliti d'intesa tra dette autorità.

Per il caso della Regione Piemonte il personale di assistenza religiosa è qualificato in presbiteri, diaconi, religiosi e laici, la cui dotazione è determinata in relazione al numero di posti letto dei presidi ospedalieri e delle altre strutture di ricovero in modo da assicurare un assistente religioso ogni duecentocinquanta posti letto (protocollo d'Intesa tra la Regione Piemonte e la Conferenza episcopale piemontese del 22 luglio 1998, art. 5).

In ogni caso l'ente gestore del servizio sanitario è tenuto a consentire ai parroci la possibilità di celebrare i funerali dei fedeli nella chiesa, ove presente nella struttura di riferimento, con facoltà subordinata alla richiesta dei familiari ed in accordo con il personale di assistenza religiosa.

Nell'esercizio del suo ministero quest'ultimo può essere coadiuvato da terzi, che collaborano a titolo di volontariato (v. *infra*, cap. VIII).

La natura permanente del servizio di assistenza religiosa ne comporta il necessario carattere continuativo, assicurato con la presenza del personale di riferimento nell'arco delle ventiquattro ore giornaliere.

Detta continuità è garantita attraverso l'istituzione di un servizio

di guardia attiva organizzata sulla base dell'orario contrattuale previsto e un servizio di attesa durante le ore notturne, da integrarsi nell'ambito della normale attività liturgico-pastorale e amministrativa, secondo turni di lavoro opportunamente articolati (protocollo d'Intesa tra la Regione Piemonte e la Conferenza episcopale piemontese del 22 luglio 1998, art. 13). Ne deriva la legittimità dell'erogazione dell'indennità di pronta disponibilità all'assistente religioso, poiché chiamato a garantire l'immediata reperibilità e l'obbligo di raggiungere l'ospedale, la casa di cura o di riposo nel più breve tempo possibile (Cons. Stato, Sez. V, n.1576 del 1995, cit.).

Se per l'esercizio dell'attività di assistenza religiosa propriamente intesa, dell'azione pastorale e nell'esercizio dell'apostolato il personale di assistenza religiosa dipende unicamente dall'autorità ecclesiastica (ordinario diocesano), per tutte le attività che ne sono estranee dipende dall'ente gestore del servizio, del quale è tenuto a rispettare le norme regolamentari compatibilmente con la peculiarità del servizio prestato.

Per lo svolgimento dell'attività di assistenza religiosa l'amministrazione competente deve garantire nelle singole strutture adeguati locali, adibiti in modo esclusivo alle funzioni del culto cattolico (chiesa o cappella, sacrestia), nonché spazi idonei per l'attività religiosa relativa ai servizi mortuari con relativi arredi, attrezzature e accessori, eventuali ulteriori spazi per riunioni anche in uso non esclusivo, oltre ad un alloggio arredato o una camera con servizi per il personale supplente o residente fuori dalla struttura di ricovero.

Le spese di culto, di conservazione degli arredi, suppellettili e attrezzature per il funzionamento del servizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli spazi in uso, la pulizia e il riassetto, le spese di illuminazione e di riscaldamento di tutti i locali adibiti al servizio in esame sono posti a carico dell'ente pubblico di riferimento (protocollo d'Intesa tra la Regione Piemonte e la Conferenza episcopale piemontese del 22 luglio 1998, art. 13; Regione Veneto, deliberazione della giunta, 24 novembre 2009, n. 3583, art. 10).

3. *Le prestazioni di igiene e cura personale del ricoverato, gli sportelli bancari, le attività culturali e di animazione e le altre prestazioni accessorie o supplementari*

La giurisprudenza ricorda come la salute sia un diritto soggettivo assoluto e primario volto a garantire in primo luogo le condizioni di integrità psicofisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non al-

trimenti sopperibili, che trova successiva evoluzione in una prospettiva di tutela e promozione del benessere psico-fisico dell'individuo (v. *amplius supra* cap. II e *infra* cap. VII).

Trovano in esso fondamento gli obblighi sanitari posti dalla legge in capo al Servizio sanitario nazionale, declinati in prestazioni di diagnosi e cura (assistenza ospedaliera), in attività di tutela dell'igiene e salute pubblica nell'ambito degli ambienti di vita e di lavoro, in interventi di profilassi delle malattie infettive e parassitarie e di controllo dei fattori di rischio, oltre che nell'assistenza sanitaria di base in ambito distrettuale (v. *supra*, cap. II).

Le prestazioni sanitarie costituiscono più frequentemente l'oggetto principale di un'obbligazione, definita anche "contratto misto di ospedalità", che può essere integrato dall'offerta di prestazioni accessorie destinate a garantire una maggiore efficacia delle prestazioni principali, rispetto alle quali risultano funzionali e strumentali (per una disamina generale v. *supra*, cap. I).

Al riguardo eventuali pretese di pazienti dirette ad ottenere le dovute prestazioni con modalità più comoda e agevole praticabilità rispetto a quanto già apprestato dall'amministrazione stessa non paiono qualificabili quali diritti, ove non emergano pregiudizi alla salute in termini di aggravamenti e di non adeguata guarigione.

In tali ipotesi spetta all'amministrazione, con scelta discrezionale, individuare tra le possibili opzioni praticabili la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario (Cass. S.U. 1 agosto 2006, n. 17461).

Non può ritenersi così sussistente un diritto alla prestazione accessoria di individuazione di un parcheggio agevolato per i pazienti lungo le vie limitrofe alle strutture sanitarie (per un caso di diniego della sussistenza di un diritto al parcheggio lungo un determinato viale al fine di accedere ad un centro medico ivi situato per usufruire delle cure necessarie: Cass. S.U. n. 17461 del 2006, cit.).

Ancora le prestazioni sanitarie possono, secondo un obiettivo di miglioramento delle capacità psico-fisiche, sociali, emozionali e cognitive delle persone e, quindi, di promozione dello sviluppo della persona umana, essere contornate da talune prestazioni accessorie come la ricordata cura dello spirito e dell'anima (assistenza religiosa: v. *supra sub* par. 1 e 2), la *pet therapy*, più in generale le prestazioni di igiene e di cura personale del ricoverato, culturali e ricreative.

La *pet therapy* è attività di supporto al paziente finalizzata al miglioramento delle ricordate capacità mediante l'impiego di animali dotati di caratteristiche specifiche, condotti in genere presso i presidi.

È una pratica terapeutica impiegata in modo mirato in particolari patologie con risultati in termini di una maggiore tollerabilità delle

terapie da parte del paziente, in particolare se di minore età o affetto da handicap o disabilità (Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2008, n. 30664; v. l.r. Piemonte 18 febbraio 2010, n. 11, *Norme in materia di pet therapy - terapia assistita con animali e attività assistita con animali*).

Del pari accessori paiono altri servizi di agevolazione della permanenza presso le strutture sanitarie quali l'allestimento di postazioni internet gratuite, di bar o punti di ristoro, di telefoni pubblici, di sportelli bancari, di edicole (d.P.C.M. 19 maggio 1995, cit., all. 8, punti 66-70).

In particolare l'offerta di installazioni bancomat e sportelli bancari è contenuto del servizio di tesoreria e di cassa, inteso come insieme delle operazioni e di atti mediante i quali il denaro acquisito dall'amministrazione per via delle entrate, da qualunque fonte provengano, viene raccolto, conservato e impiegato nei pagamenti che essa esegue (S. CIMINI, 2006, 912; S. BUSCEMA, 1994, 1).

Vi rientrano tutte le operazioni comunque legate alla gestione finanziaria dell'ente finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese e alla custodia dei titoli e dei valori, cioè la gestione di flussi monetari in entrata e in uscita dalla cassa dell'ente (F. ZACCARIA, 1999, 137).

Il servizio di tesoreria è servizio all'ente, poiché insieme di operazioni che il tesoriere rende all'amministrazione e non alla collettività ed è per tali ragioni configurato quale appalto di servizio (S. CIMINI, 2006, 918).

Ne deriva la necessità di ricorrere, per l'affidamento, a procedure ad evidenza pubblica, secondo la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici, poiché ricondotto al *genus* dei servizi finanziari e in particolare alla *species* dei servizi bancari da questo espressamente menzionati (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, Allegato II A).

Poiché il servizio di tesoreria comporta vantaggi indiretti in favore degli istituti di credito gestori in termini di ritorno di pubblicità, di immagine, di ampliamento della clientela tra i dipendenti dell'ente e tra quanti entrano in rapporto con questi (utenti, fornitori) ricorre talora la previsione di una clausola di gratuità del servizio, con il solo rimborso delle spese vive di gestione, che conduce taluno a negarne il carattere oneroso e la conseguente non applicabilità della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici (TAR Emilia Romagna, sez. Parma, 23 gennaio 1996, n. 10).

L'onerosità non può tuttavia essere esclusa dalla sola circostanza che il corrispettivo non sia formalmente pagato dall'amministrazione. Il servizio comprende infatti una serie di attività e prestazioni, ulte-

riori e collegate al servizio di tesoreria inteso in senso stretto, quali le anticipazioni di cassa, tali da qualificarlo come oneroso, ove il corrispettivo a carico dell'amministrazione diviene un elemento del tutto marginale, di fatto riassorbito dai notevoli vantaggi economici che il tesoriere consegue in dipendenza del rapporto (TAR Sicilia, sez. Catania II, 28 novembre 2000; S. CIMINI, 2006, 919).

I vantaggi indiretti considerati inducono per converso i potenziali gestori ad offrire, e le stazioni appaltanti a richiedere, erogazioni in favore di queste ultime nella forma di clausole di sponsorizzazione (R. CARANTA, 2004, 84; B. CALVETTA, 2004, 299 e s.; R. CARANTA, 2002, 1321 e s.; sui contratti di sponsorizzazione v. Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 44; Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2006, n. 5192; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2003 n. 6521; Cons. St., ad. Plen. 18 giugno 2002, n. 6; Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 16 settembre 1998, n. 495; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 28 aprile 1997, n. 35; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 4 novembre 1995, n. 336; Cass., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801; Cass. sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083; TAR Lombardia, sez. III, 19 aprile 2007, n. 1874; TAR Puglia, sez. II, 20 luglio 2006, n. 2953; TAR Veneto, sez. I, 10 luglio 2006, n. 2006)

La conseguente previsione di un corrispettivo in denaro a carico dell'appaltatore, anziché della stazione appaltante, è così ritenuto compatibile con lo schema negoziale tipico dell'appalto di servizi, purché lo stesso si configuri non già come erogazione liberale priva di causa, ma inerisca invece all'intrinseca funzione economico sociale del rapporto contrattuale, considerato nella sua globalità (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 19 marzo 2002, n. 144).

Nel caso di specie il servizio ricomprende le attività di riscossione delle entrate, la riscossione dei ticket per servizi e prestazioni rese ai cittadini, l'effettuazione dei pagamenti della struttura interessata, la custodia di titoli e valori, ove la convenzione o contratto che ne costituiscono perfezionamento prevedono usualmente, quali oneri di prestazione a carico del tesoriere, una serie di vantaggi e agevolazioni a favore degli utenti.

In particolare è usuale per questi ultimi la possibilità di effettuare pagamenti a titolo di compartecipazione alla spesa per prestazioni sanitarie (c.d. ticket) con bollettini M.A.V. senza oneri aggiuntivi, oltre che di ricorrere a forme di pagamento tramite *home banking*.

Sono inoltre previsti servizi di cassa continua, consistenti nell'impianto di sportelli *self service* personalizzati e finalizzati alla riscossione automatica di *ticket* sanitari, anche per prestazioni libero professionali, ricoveri e visite specialistiche a pagamento, di rilascio di copie di cartelle cliniche, di duplicati di radiografie (c.d. punti gialli)

e dotazioni di sportelli *bancomat* per prelievi di denaro, con eventuale e accessorio comodato d'uso di locali delle strutture ospitanti.

Diverso è il servizio di rivendita di giornali e riviste, che è usualmente affidato a terzi quale concessione d'uso di un bene del patrimonio indisponibile (i.e. un chiosco o altri appositi spazi interni alla struttura ospedaliera; art. 826 c.c.), il cui allestimento funzionale e la manutenzione sono posti a carico del gestore, tenuto anche al pagamento di un canone di locazione, ove l'amministrazione assume invece a proprio carico le spese di riscaldamento, energia elettrica e asporto rifiuti.

Sono poi previsti specifici oneri di prestazione, come la vendita giornaliera nei reparti di degenza in orari concordati con la direzione medica.

Esigenze di tutela dell'immagine e del decoro dell'ambiente, oltre che di comfort della clientela (pazienti e visitatori) impongono, in genere, il divieto di installazione di insegne pubblicitarie, manifesti e adesivi di qualsiasi genere fatta eccezione per la pubblicità dei giornali, oltre al divieto di vendita di giornali e riviste che possano offendere il comune senso del pudore, con esercizio di un potere di veto da parte dell'amministrazione in ordine alla vendita di pubblicazioni ritenute non consone.

Ulteriori prestazioni accessorie rese all'interno delle strutture sanitarie e rivolte in particolare modo ai degenti dei reparti pediatrici o psichiatrici sono da individuarsi in offerte di spettacoli teatrali e di animazione (d.P.C.M. 19 maggio 1995, cit., all. 8, punto 90).

L'intento è di sviluppo dell'educazione dei ricoverati, attraverso la promozione della curiosità e dell'immaginario, unito al fine di rendere meno traumatico il momento dell'ospedalizzazione, con onere dell'amministrazione sanitaria di rendere disponibili locali dedicati o comunque permettere l'accesso ai reparti di soggetti non dipendenti al fine dello svolgimento delle attività ricreative.

L'istituzione di un servizio educativo e di animazione richiede infatti la predisposizione e destinazione di spazi ludici, la fornitura di attrezzature e materiale a tal fine destinato, oltre all'individuazione di personale di assistenza.

Al riguardo, ove il servizio non sia reso a titolo di volontariato (v. *infra*, cap. VIII) e non sia contemplato nell'organico uno specifico ruolo di animatrice/animatore di gioco, atteso il prevalente contenuto educativo delle prestazioni rese è possibile l'istituzione di apposite sezioni ospedaliere di scuola materna statale, con personale eventualmente abilitato anche all'insegnamento di persone disabili, considerato il contenuto anche terapeutico dell'assistenza ludica (d.P.C.M. 19 maggio 1995, cit., all. 8, punto 91).

Ove risulti prevalente il contenuto educativo del servizio accessorio all'offerta di prestazioni sanitarie l'assunzione dei conseguenti costi è posta in capo ai servizi di competenza, non sanitari.

Alla categoria delle prestazioni accessorie a carattere protettivo a favore di terzo (v. *supra*, cap. I) possono poi ricondursi i servizi di sorveglianza, vigilanza, guardiana, regolamentazione del traffico veicolare e custodia dei beni del patrimonio delle strutture sanitarie con prestazione continuativa assicurata per ventiquattro ore giornaliere.

Affidati con appalto i servizi hanno ad oggetto obbligazioni complesse (v. *supra*, cap. I) di presidio dell'ingresso della struttura e del pronto soccorso (garanzia dell'osservanza dell'orario di ingresso e di visita del pubblico, allontanamento di individui molesti o sospetti, osservanza del divieto di fumo, cura della movimentazione veicolare, regolarizzazione dell'accesso degli ammalati) e di ronda (effettuazione di giri ispettivi nelle aree interne ed esterne alle strutture interessate, intervento su chiamata del personale di servizio, interruzioni di azioni moleste e di disturbo) al fine di agevolare il regolare svolgimento dell'assistenza ai degenti.

Presso le strutture sanitarie sono poi individuabili uffici di decentramento delle amministrazioni statali o locali, quali il posto di polizia di Stato o municipale e il servizio di anagrafe civile.

Diverso il caso del servizio di anagrafe religiosa, che rilascia certificati di battesimo, cresima e matrimonio celebrati all'interno degli ospedali, riconducibile alla più ampia attività di assistenza religiosa (v. *supra* in questo capitolo).

All'ulteriore e diverso fine di assicurare l'igiene e il decoro della persona, oltre che degli ambienti, le strutture interessate possono inoltre provvedere ad attivare un servizio accessorio o complementare di barbiere e parrucchiere a vantaggio dei soli degenti o di tutti coloro che a vario titolo accedono alle stesse (Cass., S.U., 14 ottobre 1985, n. 4963).

L'amministrazione dispone usualmente l'affidamento del servizio con appalto, ove tuttavia è possibile che venga reso a titolo di prestazione lavorativa subordinata, effettuata con continuità, retribuzione e orari predeterminati, mediante stabile inserimento nell'organizzazione dell'ente, con conseguente integrazione di un rapporto di pubblico impiego (Cass., S.U., n. 4963 del 1985, cit.).

Il servizio è a pagamento, con fissazione di tariffe predefinite e rese pubbliche attraverso affissione nei reparti, e a richiesta dell'interessato.

Ragioni di igiene e decoro ne impongono la garanzia anche all'utenza bisognosa, su richiesta delle direzioni mediche a seguito di segnalazione della caposala.

Usualmente l'assunzione del costo del corrispettivo è in tale ul-

tima ipotesi posta a carico dell'amministrazione sanitaria, ove tuttavia il profilo di bisogno *ivi* sotteso potrebbe suggerirne la riconduzione alla categoria delle prestazioni di assistenza sociale con diverso accollo dei costi (v. *infra*, cap. IV).

Il servizio può essere svolto negli orari prefissati concordati con le direzioni mediche in locali debitamente predisposti dall'amministrazione stessa oppure nei locali adibiti a bagno nella stanza del richiedente o nella corsia del reparto o al letto del richiedente, ove questi abbia difficoltà di deambulazione.

Specifiche ragioni di prevenzione delle infezioni impongono taluni oneri per l'espletamento del servizio, con richiesta di indossare guanti monouso e loro sostituzione dopo ogni prestazione, l'utilizzo di rasoi e lamette monouso, la disinfezione di pettini e manici porta lama e di ogni altro strumento che possa costituire rischio infettivo.

#### 4. *Le camere mortuarie e l'equivoco del servizio di onoranze funebri*

L'attenzione ultima alla persona umana secondo i ricordati profili di uguaglianza e dignità trova manifestazione in prestazioni tese a garantirne la tutela anche nel momento della morte.

Trovano così definizione i servizi funebri e le prestazioni di cura del cadavere, che vanno dal primo momento di composizione della salma, all'allestimento della camera mortuaria, sino al servizio di trasporto e di onoranze funebri.

L'assunto dell'unicità dell'individuo, della sua dignità e quindi del suo diritto alla personalità trova in essi differenti modalità espressive nelle quali molteplici possono essere gli operatori coinvolti, secondo profili eterogenei e talora convergenti.

I servizi funebri sono intesi come il complesso di attività che spetta allo Stato, ai comuni, agli altri enti pubblici coinvolti svolgere in conseguenza dell'estinzione della vita per ragioni di tutela della salute pubblica e della dignità umana (F. GAGLIANI CAPUTO, 1969, 238).

Vi rientrano funzioni pubbliche in senso proprio svolte dal sindaco nella sua qualità di ufficiale di governo e in virtù delle sue attribuzioni in materia di igiene pubblica (ricevimento delle denunce di morte, dichiarazione di morte, comunicazione all'autorità giudiziaria di morte causata da reato o sospettata come tale e del rinvenimento di membra umane, rilascio delle autorizzazioni alla sepoltura e a trattamenti conservativi, disciplina dell'orario e del percorso del servizio di trasporti funebri, vigilanza dei crematori e autorizzazione alla cremazione; r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, *Approvazione del testo unico*

delle leggi sanitarie, art. 103, c. I, lett. a; d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, *Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, art. 54; R. CAVALLO PERIN, 2006, 357 e s.).

Secondo una terminologia più ampia ai medesimi servizi sono ricondotte, inoltre, le attività dirette a realizzare i precetti che disciplinano la materia funebre, quali la collocazione delle salme in appositi feretri, il loro trasferimento in cimiteri, lo svolgimento delle attività di sepoltura (F. GAGLIANI CAPUTO, 1969, 238).

Sono queste ultime attività di servizio non attribuite in via esclusiva ad enti pubblici, se non per talune ipotesi di eccezione quali i servizi o attività funebri istituzionali posti a carico del comune anche in forza di speciali disposizioni di regolamento comunale (d.P.R. n. 285 del 1990, cit., art. 16).

Tra i servizi istituzionali sono ricompresi il trasporto di salme provenienti da abitazioni inadatte e destinate agli appositi locali per completarvi il periodo obbligatorio di osservazione su segnalazione della a.s.l. competente; il recupero e il trasporto dal luogo del decesso o del rinvenimento al deposito di osservazione, alla camera funeraria o all'obitorio, delle salme o di loro parti, di persone decedute nella pubblica via o in altro luogo pubblico; qualsiasi tipo di altro trasporto di salma da effettuarsi su indicazione dell'autorità giudiziaria o del servizio sanitario; il trasporto di nati morti, feti, parti anatomiche riconoscibili e resti mortali qualora non vengano richiesti servizi o trattamenti speciali e ove il comune non ritenga di richiedere un rimborso da parte dei genitori.

Il servizio di trasporto deve essere effettuato in una forma che ne garantisca il decoro (d.P.R. n. 285 del 1990, cit., art. 16) e necessita di essere comunque garantito in modo continuativo, senza subire interruzioni che non sono da ritenersi ammissibili anche in considerazione delle correlate esigenze di igiene e sanità pubblica. In ragione di tali profili è servizio che può dirsi obbligatorio e va assicurato quotidianamente, anche in favore di non abbienti.

Sono così posti a carico del comune i trasporti funebri in caso di indigenza del defunto e della famiglia o qualora particolari circostanze sociali o culturali lo giustificino, su segnalazione del servizio sociale comunale e a seguito di provvedimento motivato del sindaco.

Del pari il trasporto del cadavere di deceduto in un comune è a carico dell'ente nel caso di persona con un reddito inferiore al minimo stabilito con provvedimento della giunta o per la quale non sia pervenuta alcuna richiesta al servizio cimiteriale nei termini previsti di permanenza nelle camere mortuarie o ardenti.

In tali evenienze l'ente comunale può, con disciplina regolamen-

tare, disporre lo svolgimento di un servizio funebre completo e decoroso (onoranze funebri) con l'annessa fornitura del feretro e di quanto necessario a tal fine (vestizione, toeletta e composizione della salma nel feretro, incassamento della salma, prelievo e trasporto della stessa in chiesa o altro luogo per lo svolgimento delle esequie religiose, trasporto al cimitero comunale e assistenza sino all'avvenuta sepoltura).

I casi ricordati sono ipotesi particolari di trasporto e servizio funebre che, come tali, possono essere gestiti dall'ente locale titolare (comune) anche tramite enti strumentali da questo controllati, siano essi società a capitale pubblico nella forma dell'*in house providing* oppure dell'organismo di diritto pubblico, oppure da questo affidati ad imprese terze con procedure di appalto ad evidenza pubblica (sull'affidamento a società *in house*: Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950; sulla illegittimità dell'affidamento in esclusiva del servizio di trasporto funebre ad un'impresa privata, poiché capace di comportare la tendenziale monopolizzazione dei mercati contigui: Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 2 luglio 1998, n. 2; v. inoltre *supra*, cap. II).

Al di là delle ipotesi menzionate il servizio in esame, quale parte del più ampio servizio di onoranze funebri, è esercitato in regime di libera concorrenza da privati, con definizione nella disciplina regolamentare comunale delle limitazioni amministrative poste al suo svolgimento (v. *supra*, cap. II). A tal fine spetta al comune accertare preventivamente e poi verificare la permanenza dei requisiti previsti dalla disciplina del servizio, che risulta soggetto ad autorizzazione, cioè a quell'atto idoneo a liberare il titolare di un diritto dai vincoli ed obblighi previsti dall'ordinamento per svolgere una determinata attività. Risulta così illegittimo il provvedimento di diniego di un'autorizzazione a motivo del fatto che il mercato in oggetto «è già sufficientemente servito», in ragione del principio di libera concorrenza e di assenza di un contingentamento (Cons. St., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2133; M. POTO, 2004, 722).

In tale prospettiva il comune può anche riservare a sé lo svolgimento del servizio di trasporto funebre in via residuale, per le situazioni di emergenza in cui non intervengono i privati (mancanza di familiari del defunto o mancata richiesta della salma nei termini di permanenza presso le camere mortuarie, i depositi o gli obitori), o per i soggetti non abbienti, in alternativa alla possibilità di imporre alle imprese private operanti nel settore un servizio di turnazione per tali evenienze (Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950).

Il trasporto funebre si pone dunque in un rapporto di *species* a *genus* rispetto alla più ampia «attività funebre» o di «onoranze fu-

nebri», con la quale si intende il servizio finalizzato allo svolgimento su mandato, in forma congiunta, delle prestazioni inerenti: i servizi precedenti il trasporto; la fornitura di feretro e altri articoli funebri in occasione del funerale; il trasporto del cadavere fino alla sepoltura nel cimitero comunale, previe le verifiche di cui al regolamento locale di polizia mortuaria.

È questa un'attività svolta da imprese – pubbliche o private – in regime di concorrenza, che può essere integrata da ulteriori prestazioni accessorie di onoranza, talora definite prestazioni speciali, quali: l'arredo della camera mortuaria ove non vietato; la vestizione e toeletta funebre; la fornitura di composizioni floreali; la comunicazione del decesso su giornali o in altri spazi autorizzati; altre prestazioni inerenti il mandato da dettagliare analiticamente in sede di preventivo (sull'assenza della configurazione di atti di concorrenza sleale per lo svolgimento di attività di impresa di onoranze funebri da parte di un comune in concorrenza con imprese private: Cass., S.U., 22 maggio 1991, n. 5787; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950). Ove l'impresa di onoranze funebri commissioni a terzi, per conto del richiedente, la fornitura di servizi inerenti le prestazioni speciali indicate è, di conseguenza, chiamata a risponderne in via solidale con il commissionario (v. *supra*, cap. I).

Poiché attività da svolgersi nel rispetto della trasparenza e della piena concorrenza sul mercato sono posti particolari obblighi a carico delle imprese interessate, quali l'informazione preventiva circa le possibilità di scelta di trasporto e di sepoltura che risultino disponibili all'atto della definizione del contratto di mandato nonché dei relativi prezzi praticati e delle tariffe comunali; il rispetto del segreto professionale e l'astensione da qualsiasi diffusione di dati o notizie confidenziali; l'utilizzo di forme di comunicazione pubblicitaria oggettive (per un esempio: Comune di Torino, *Regolamento per il servizio mortuario e del cimitero*, 11 ottobre 1999, n. 264 e s.m., art. 20).

Secondo norma di principio è poi vietato il procacciamento di servizi in modo contrario o contrastante ai principi della concorrenza sul mercato, sia a favore dell'impresa medesima che a vantaggio di altri prestatori d'opera con attività non inerente i servizi richiesti.

In proposito occorre chiarire come non sia possibile confondere i servizi di trasporto e di onoranze funebri con i servizi mortuari ospedalieri o servizi necroscopici.

A questi ultimi sono ricondotti: la presa in consegna delle salme a partenza dai reparti e la conservazione delle stesse nelle celle frigorifere e/o presso appositi depositi; la preparazione della salma per l'autopsia; la pulizia e il riordino dello strumentario; l'effettuazione di eventuali tamponamenti su cadaveri; l'esecuzione di trattamenti an-

tiputrefattivi; l'igiene, la vestizione e la preparazione delle salme; l'esposizione delle salme nella camera ardente o camera mortuaria; la pulizia e il riordino dei locali esequiali al fine di mantenimento del decoro degli stessi; le informazioni ai parenti dei defunti; l'apertura e la chiusura delle camere ardenti nelle ore di visita.

Si tratta, in tale ultima ipotesi, di servizi all'ente gestiti in proprio dall'amministrazione interessata e a tal fine da questa affidata, se del caso, a terzi con procedure ad evidenza pubblica di appalto.

Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito come sia illegittima la procedura di affidamento dei servizi in esame da parte di strutture ospedaliere ad imprese di pompe funebri, a cagione di un'effettiva alterazione della concorrenza conseguente all'attribuzione all'aggiudicatario di una posizione di inevitabile privilegio derivante dalla possibilità di introdursi nei locali ospedalieri, con conseguente immediata presenza in loco e agevolazione nell'ottenere la preferenza delle persone che, per le circostanze particolari in cui si trovano, «cercano soprattutto di risolvere le necessarie incombenze del caso nel modo più facile ed immediato, rivolgendosi a chi ha avuto immediata occasione di rendersi utile e farsi apprezzare» (TAR Liguria, sez. II, 30 dicembre 2003, n. 1781; TAR Campania, sez. I, 18 aprile 2001, n. 1704; TAR Friuli Venezia Giulia, 28 novembre 1999, n. 1206).

Ne consegue l'illegittimità non solo dell'ammissione di imprese di onoranze funebri a partecipare a dette procedure, ma anche di deliberazioni che autorizzino la compresenza, nella camera mortuaria o ardente, di operatori di dette imprese, anche se di turno. Ne deriva, infatti, un'indebita posizione di favore in termini di contatto con l'utenza potenziale con conseguente creazione di alterazioni monopolistiche (TAR Liguria n. 1781 del 2003, cit; TAR Emilia Romagna, sez. I, 17 aprile 2002, n. 599; Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 14 marzo 2002; sulla posizione dominante che possono detenere le imprese di pompe funebri: C. giust. UE, 4 maggio 1988, C-30/1987, *Bodson c. Pompes Funébres des Régions Libérées*).

Il mercato dei servizi di pompe funebri e attività connesse si presenta, infatti, come un mercato imperfetto caratterizzato da una scarsa sensibilità al fattore prezzo della domanda e una maggiore rispondenza ad altri elementi, tali che un accesso privilegiato alla clientela da parte di un operatore si traduce in un'espansione della sua quota di mercato, ove assume particolare rilievo la tempestività nel contattare il potenziale cliente nel momento in cui insorge l'esigenza dell'acquisto di servizi funebri (Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 2 luglio 1998, n. 2).

Da ultimo occorre segnalare la responsabilità penale e amministrativa di dipendenti ospedalieri addetti alle sale mortuarie che rice-

vano somme di denaro per la segnalazione ad imprese di onoranze funebri del decesso di persone giunte presso le sale stesse o per aver comunicato direttamente ai parenti dei deceduti i nominativi delle imprese cui affidare le onoranze funebri, talora sul presupposto di una millantata convenzione esistente tra queste ultime e l'ente ospedaliero o, ancora, per avere ricevuto somme di denaro sempre dalle imprese per la preparazione della salma e la vestizione dei cadaveri (Corte conti, sez. III centrale d'appello, 4 giugno 2009, n. 214/09).

##### 5. *Lo svolgimento dell'attività libero professionale "intra moenia"*

Per il personale dipendente di enti ospedalieri l'originario divieto di esercizio del commercio o dell'industria, o dell'assunzione di altri impieghi o incarichi alle dipendenze di altri enti o privati o dell'accettazione di cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che in società cooperative per dipendenti di enti locali, trova ora conferma nella disposizione generale in forza della quale i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza (d.lgs. 30 luglio 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, art. 53; d.P.R. 27 marzo 1969, n. 130, *Stato giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri*, art. 26; d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, art. 60).

Viene in tal modo definito lo *status* del funzionario dipendente pubblico con individuazione dei doveri cui egli è tenuto, anche attraverso l'enunciazione del dovere di esclusività del rapporto di pubblico impiego e con declinazione delle ipotesi di incompatibilità rispetto al ruolo esercitato (sullo *status* del funzionario v. F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN, 2009, 147 e s.).

Si tratta di una disciplina di attuazione del principio di esclusività del rapporto di pubblico impiego tratto dal dovere di fedeltà alla Nazione (art. 98 Cost.), che si traduce nel dovere per il dipendente di dedicare le proprie energie lavorative esclusivamente all'amministrazione di appartenenza, finalizzato al perseguimento dell'intento di rafforzare gli obblighi di fedeltà e diligenza e di evitare il formarsi di centri di interesse alternativi, se non persino confliggenti, rispetto a quelli della pubblica amministrazione onde assicurare il rispetto dei fondamentali canoni di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. (M. LONGO, 2009, 206 e s.; B. GAGLIARDI, 2004, 2562).

Ne deriva, per quanto di interesse, un divieto generale di assunzione di incarichi da privati, valendo ad escluderlo soltanto il carat-

tere saltuario e a titolo gratuito della prestazione o il fine mutualistico preminente della società in cui siano ricoperte eventualmente cariche sociali (TAR Veneto, 26 gennaio 1999, n. 93; TAR Lazio, sez. II, 26 aprile 1990, n. 898).

Ulteriore esclusione dall'applicazione del regime delle incompatibilità opera poi per i dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 53, c. VI, cit.; per la dichiarazione dell'infondatezza delle eccezioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al regime delle incompatibilità previsto per i dipendenti part-time: Corte cost., 11 giugno 2001, n. 189; B. GAGLIARDI, 2004, 2563).

Il divieto copre dunque tutti gli incarichi non compresi nei doveri d'ufficio comunque retribuiti, purché non disciplinati da legge o da altre fonti normative o non espressamente autorizzati.

Al divieto sono poi apposte una serie di deroghe di tipo soggettivo, tra le quali vanno ricondotti i regimi particolari dettati per parte del personale del servizio sanitario nazionale, che consentono lo svolgimento dell'attività libero-professionale all'interno di una struttura del servizio sanitario pubblico (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 4; d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 53; d.P.R. n. 130 del 1969, cit., art. 26).

È quest'ultimo il caso specifico del personale dirigente sanitario, cui è consentito l'esercizio delle attività libero professionali in regime ambulatoriale all'interno delle strutture e dei servizi (c.d. *intramoenia*), purché in condizione di compatibilità e di coerenza con le esigenze e le finalità assistenziali delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 4, c. 10, 11 *bis*; l. 3 agosto 2007, n. 210, *Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria*).

Atteso che il rapporto dei dirigenti sanitari può essere a carattere esclusivo o non esclusivo, il primo comporta la totale disponibilità nello svolgimento delle funzioni dirigenziali attribuite dall'azienda, nell'ambito della posizione ricoperta e della competenza professionale posseduta e della disciplina di appartenenza, con impegno orario contrattualmente definito (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 15 *quinquies*).

È in detta ultima ipotesi che la disciplina speciale riconosce la facoltà di esercitare l'attività libero professionale all'interno della struttura sanitaria di riferimento o presso altra struttura del sistema sanitario nazionale e al di fuori dell'impegno orario di servizio.

A titolo esemplificativo la libera attività professionale è dunque consentita a medici chirurghi, odontoiatri, veterinari e altre professionalità che ricoprono l'incarico di dirigenti del ruolo sanitario quali

biologi, farmacisti, fisici, chimici e psicologi; docenti universitari e ricercatori che effettuano attività assistenziale presso cliniche e istituti universitari di ricovero e cura anche se gestiti direttamente dalle università; personale laureato e medico di ruolo in servizio nelle strutture delle facoltà di medicina e chirurgia delle aree tecnico-scientifica e socio-sanitaria; dipendenti degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico con personalità giuridica di diritto privato, dipendenti degli enti ed istituti di cui alla disciplina di riforma del servizio sanitario nazionale (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 4, c. XII).

Modalità diverse connotano lo svolgimento della libera professione *intramoenia*, che può essere contraddistinta dalla scelta diretta da parte dell'utente del singolo professionista cui è richiesta la prestazione; oppure esercitata in équipe all'interno delle strutture aziendali e contrassegnata dalla richiesta di prestazioni da parte dell'utente singolo o associato, anche attraverso forme di rappresentanza, nei confronti dell'équipe, che vi provvede nei limiti delle disponibilità orarie concordate; o ancora erogata sotto forma di partecipazione ai proventi dell'attività professionale richiesta a pagamento da singoli utenti e svolta individualmente o in équipe in strutture di altro ente parte del servizio sanitario nazionale o di altre strutture sanitarie non accreditate, previa speciale convenzione con le stesse; o infine in forma di partecipazione ai proventi di attività professionali a pagamento richieste da terzi (utenti singoli, associati, aziende o enti) nei confronti dell'azienda anche al fine di consentire la riduzione dei tempi d'attesa, secondo programmi predisposti dall'azienda stessa, d'accordo con le équipe dei servizi coinvolti.

A tale ultima ipotesi sono ricondotte in particolare le richieste, a carattere eccezionale e temporaneo, di prestazioni ad integrazione dell'attività istituzionale da parte delle aziende ai propri dirigenti al fine di diminuire le liste di attesa o allo scopo di acquisire delle prestazioni aggiuntive, soprattutto in presenza di carenza di organico e in caso di impossibilità, anche momentanea, a coprire i relativi posti con personale in possesso dei requisiti che la legge prescrive, nel rispetto delle direttive regionali in materia. In tali casi pare tuttavia più corretto parlare di prestazioni aggiuntive rese alla medesima amministrazione di appartenenza a fini di garanzia degli *standard* assistenziali.

L'offerta di prestazioni sanitarie ambulatoriali e di ricovero in regime libero professionale è rivolta a singoli pazienti, ad altri enti ospedalieri, ad enti privati e si presenta come modalità alternativa di erogazione di prestazioni sanitarie (sulle prestazioni alternative v. *supra*, cap. I).

In particolare al beneficiario spetta la scelta circa il regime di offerta delle prestazioni – attività istituzionale o libero professionale *in-*

*tramoenia* – con assunzione a proprio carico, ove opti per la seconda, dell'onorario del medico (previamente definito dal direttore sanitario in accordo con il professionista) e una quota percentuale della tariffa standard dell'intervento, fissata dal servizio sanitario nazionale, oltre alle spese aggiuntive del servizio alberghiero per l'ulteriore opzione in favore di una camera a pagamento.

È onere della struttura interessata assicurare un'adeguata pubblicità e informazione agli utenti circa i piani aziendali concernenti i volumi di attività istituzionale e libero professionale intramuraria, anche attraverso l'esposizione nell'ambito delle strutture stesse, con enunciazione in particolare delle condizioni di esercizio delle diverse attività, dei criteri di erogazione delle prestazioni e delle priorità di accesso (l. n. 120 del 2007, cit., art. 5).

La predisposizione dei mezzi idonei all'esercizio dell'attività libero professionale costituisce un obbligo per l'amministrazione (v. *supra*, cap. I; d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 4, c. X), cui spetta l'assunzione delle iniziative più idonee per assicurare gli interventi di ristrutturazione edilizia presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, i policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, necessari per rendere disponibili i locali destinati all'attività in oggetto (l. n. 120 del 2007, cit., art. 1).

Al riguardo può essere prevista, nell'ambito delle risorse disponibili, l'acquisizione di spazi ambulatoriali esterni, aziendali e pluridisciplinari, tramite l'acquisto, la locazione o la stipula di convenzioni, che aprono alla possibilità di utilizzo a tal fine anche di studi professionali privati (l. n. 210 del 2007, cit., art. 4).

La mancata attivazione delle strutture necessarie è causa di responsabilità dell'amministrazione sanitaria per inadempimento dell'obbligo legale, con giurisdizione del giudice ordinario per le controversie in merito al riconoscimento del risarcimento del danno subito dal dirigente sanitario (Cass. 23 febbraio 2000, n. 41; G. D'URGOLO, 2007, 2518).

In capo all'amministrazione è posta, più in generale, la responsabilità della gestione dell'attività libero professionale intramuraria, con definizione di taluni criteri idonei ad assicurarne il corretto esercizio.

In particolare gli enti interessati sono tenuti ad assicurare tramite il personale aziendale, senza ulteriori oneri aggiuntivi, il servizio di prenotazione delle prestazioni, la garanzia della riscossione degli onorari, la determinazione di un tariffario idoneo ad assicurare l'integrale copertura dei costi direttamente e indirettamente correlati alla gestione dell'attività in esame.

Deve inoltre essere assicurato il monitoraggio dei tempi d'attesa

nell'ambito dell'attività istituzionale anche al fine di controllare il volume delle prestazioni intramurarie, che vanno eseguite in sedi e tempi diversi rispetto alle prestazioni istituzionali, di cui non possono superare il volume globale (l. n. 120 del 2007, cit., art. 4).

6. (segue): *la tolleranza verso il servizio infermieristico personalizzato*

La possibilità per gli infermieri pubblici dipendenti di rendere prestazioni libero professionali trova un'originaria previsione in una norma d'urgenza, poi convertita, in forza della quale le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le residenze sanitarie per anziani, gli istituti di riabilitazione, gli istituti di ricovero a carattere scientifico e le case di riposo possono remunerare, previa autorizzazione delle regioni, agli infermieri dipendenti prestazioni orarie aggiuntive rese al di fuori dell'impegno di servizio, rispetto a quelle proprie del rapporto di dipendenza, in forza di un contratto con l'azienda (S. CITERIO, 2009, 15).

La norma prevede che dette prestazioni siano rese in regime libero professionale e assimilate al lavoro subordinato ai soli fini fiscali e contributivi (d.l. 12 novembre 2001, n. 402, *Disposizioni urgenti in materia di personale sanitario*, convertito in l. 8 gennaio 2002, n. 1).

Nonostante il dato letterale possa indurre confusione si tratta di prestazioni c.d. aggiuntive rese alla medesima amministrazione di appartenenza e dirette a garantire, in primo luogo, gli *standard* assistenziali nei reparti di degenza e l'attività delle sale operatorie (d.l. n. 402 del 2001, cit., art. 1, c. IV).

Come tali sono prestazioni con connotazione di eccezionalità e temporaneità, poiché rese ad integrazione dell'attività istituzionale dell'ente di riferimento al fine di diminuire le liste di attesa o allo scopo di acquisire delle prestazioni ulteriori soprattutto in presenza di carenza di organico e in caso di impossibilità, anche momentanea, a coprire i relativi posti con personale in possesso dei requisiti che la legge prescrive.

La possibilità di ricorso alle prestazioni c.d. aggiuntive del personale infermieristico è stata oggetto di ripetute proroghe ed è ora differita sino alla definizione della relativa disciplina a livello di contrattazione collettiva nazionale (l. n. 120 del 2007, cit. art. 4).

Perdura dunque l'assenza di una disciplina speciale in merito allo svolgimento dell'attività libero-professionale *intramoenia* da parte degli infermieri, cui non è possibile porre rimedio con un'applicazione analogica di norme dedicate ad altre professionalità sanitarie o parasanitarie in materia di attività intramurarie.

Ne deriva la conferma, per quanto di interesse, della sussistenza di un divieto generale, per gli infermieri che siano anche pubblici dipendenti, di assunzione di incarichi in favore di privati.

Non pare possibile a tal fine ritenersi sufficiente il mero assenso dell'amministrazione sanitaria all'accesso ai locali della struttura al di fuori dell'orario di servizio a seguito di un semplice inserimento dei nominativi degli interessati in apposite liste; assenso che invece pare necessario e sufficiente ove si tratti di individui esterni all'amministrazione ospedaliera che effettuino prestazioni di assistenza infermieristica personalizzata.

Al riguardo è di interesse ricordare come lo schema generale della Carta dei servizi pubblici sanitari promuova «l'eliminazione di sprechi di tempo e di denaro» ricordando che i pazienti hanno diritto «a non dover ricorrere all'assistenza integrativa a pagamento nelle ore notturne e a che non ci siano in ospedale badanti e altro personale assistenziale estraneo alle strutture» (d.P.C.M., 19 maggio 1995, cit., all. 8, punto 19).

Peraltro un particolare procedimento di autorizzazione pare consentire di superare il divieto posto per i dipendenti pubblici ove sia accertata in concreto la mancanza di incompatibilità con riferimento all'assunzione di incarichi presso altre amministrazioni o soggetti privati (M. DE BELLIS, 2008, 908; B. GAGLIARDI, 2004, 2564).

L'autorizzazione è rilasciata dagli organi competenti dell'amministrazione, su istanza del soggetto conferente l'incarico o del dipendente interessato (ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 53, c. X, cit., soltanto il primo dei due è obbligato a richiedere l'autorizzazione, sembrando trattarsi viceversa di una mera facoltà per il secondo) secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 53, c. V, cit.).

Condizioni per il rilascio dell'autorizzazione sono la saltuarietà e non continuatività dell'attività che si intende esercitare, ove invece il carattere continuativo si ritiene possa pregiudicare l'adempimento dei compiti d'ufficio (TAR Toscana, sez. II, 30 giugno 2000, n. 2241; B. GAGLIARDI, 2004, 2564).

L'accertamento in concreto dell'incompatibilità deve dunque essere effettuato sulla base di parametri predeterminati dalla singola amministrazione con un atto di autoregolamentazione interna (L. PAOLUCCI, 2000, 1612).

L'amministrazione deve pronunciarsi sulla richiesta nel termine di trenta giorni dalla ricezione, previa intesa con il conferente l'incarico qualora sia un soggetto pubblico, decorso il quale l'autorizzazione si

intende accordata qualora richiesta da un datore di lavoro pubblico, negata ove provenga da un datore di lavoro privato (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 53, c. X, cit.; B. GAGLIARDI, 2004, 2564).

Al riguardo la giurisprudenza ritiene che l'attività libero-professionale all'interno della struttura di riferimento, ove non consentita dalla legge o da altre fonti normative o non espressamente autorizzata, realizzi un ingiusto vantaggio, sostanziato nell'uso illegittimo di attrezzature dell'ufficio pubblico di appartenenza, nella distrazione di ore di lavoro da parte del pubblico dipendente e nel conseguimento di somme ottenute come corrispettivo versato dai pazienti per l'assistenza indebita prevista (Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2006, n. 35381; Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2007, n. 35).

Ne deriva, in ipotesi, che l'attività di assistenza privata e remunerata al travaglio e al parto prestata da ostetriche che siano pubbliche dipendenti in favore di puerpere ricoverate presso una struttura del servizio sanitario pubblico è esercitata in violazione di norme di legge e perciò svolta indebitamente, configurandosi nel caso il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

La fattispecie non può essere esclusa dall'esistenza di una prassi diffusa circa la possibilità di porre in essere un'attività di assistenza fiduciaria a pagamento, non configurandosi un errore scusabile, che opera ogniqualvolta l'autore dell'illecito abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al c.d. dovere di informazione attraverso l'espletamento di ogni utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia.

Un tale obbligo informativo diviene rigoroso per quanti svolgono professionalmente una determinata attività, dunque non siano semplici cittadini ma personale specializzato inserito in un rapporto di pubblico impiego nell'ambito di un servizio pubblico diretto a tutelare la salute dei singoli (Cass. pen. n. 35381 del 2007, cit.).

### *Bibliografia*

- F. BOLOGNINI, *Vetera et nova in tema di assistenza spirituale*, in *Dir. ecc.*, 2002, II, 456 e s.;
- S. BUSCEMA, voce *Tesoreria e tesoriere*, in *Enc. giur.*, XXXI, 1994;
- B. CALVETTA, *L'evoluzione delle sponsorizzazioni nel settore sanitario*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 299;
- R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2004, Torino;
- R. CARANTA, *Servizio di tesoreria e sponsorizzazioni: primi chiarimenti dell'Adunanza plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1321;
- C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1992;
- C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1996;

- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 54*, in R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, 2006, 357;
- S. CIMINI, *Commento all'art. 209*, in R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 912;
- S. CITTERIO, *Libera professione infermieristica. Un passo avanti e due indietro*, in *Agorà*, 2009, 115;
- G. DALLA TORRE, *Assistenza spirituale nelle forze armate e «qualità della vita»*, in *Iustitia*, 1990, 378 e s.;
- M. DE BELLIS, *Ostetriche ospedaliere, attività libero professionale intra moenia non consentita e abuso d'ufficio*, in *Riv. pen.*, 2008, 907;
- L. DE LUCA, *Assistenza religiosa*, in *Enc. dir.*, 796;
- A. DE ROBERTO, *L'attività intramuraria ed extramuraria del personale sanitario, oggi*, in *Cons. St.*, 1997, II, 1293;
- G. D'URGOLO, *Indennità di tempo pieno e attività professionale extramoenia in assenza di strutture per lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria*, in *Foro it.*, 2007, I, 2515;
- F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2003;
- M. LONGO, *Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione*, in F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 206;
- F. GAGLIANI CAPUTO, voce *Funebri (servizi)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 237;
- B. GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 2562;
- P. MAIOLATESI, *Assistenza spirituale*, in *Enc. giur.*, III, 1;
- F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009;
- L. PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2000, 1612;
- V. PARLATO, *Le Intese con le confessioni acattoliche*, Torino, 1996;
- M. POTO, *Problematiche in tema di libera concorrenza negli appalti di servizi mortuari*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 722;
- A. VITALE, voce *Assistenza spirituale*, in *Enc. dir.*, 472;
- F. ZACCARIA, *Il tesoro e i servizi di tesoreria dello Stato*, in G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, O. SEPE e F. ZACCARIA (a cura di), *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, 1999, Torino.



## Capitolo IV

### *La «sanitarizzazione» delle prestazioni di servizio sociale attribuite in via principale alle aziende sanitarie*

di Manuela Consito

SOMMARIO: 1. Solidarietà collettiva e prestazioni di servizio sociale. – 2. Lo stato di difficoltà e di bisogno come presupposti dell'individuazione delle prestazioni di servizio sociale. – 3. Le prestazioni socio-sanitarie: il giudizio di prevalenza e la "sanitarizzazione" delle prestazioni di servizio sociale. – 4. (segue): la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata. – 5. Il riparto delle spese di ricovero e la giurisdizione.

#### *1. Solidarietà collettiva e prestazioni di servizio sociale*

L'enunciazione costituzionale dei diritti sociali afferma il carattere fondamentale del diritto alla salute e del diritto all'assistenza sociale, ove la Costituzione tutela la salute come diritto dell'individuo e interesse della collettività con garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32) e riconosce il diritto del cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari di sussistenza per vivere al mantenimento e all'assistenza sociale (art. 38 Cost.).

Quest'ultimo enunciato delinea un sistema di protezione sociale teso a realizzare il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e ad affermare l'obiettivo del raggiungimento di un'uguaglianza sostanziale tra gli individui (art. 3 Cost.) come libertà dal bisogno.

Assistenza e previdenza sociale ne costituiscono parte, ove la prima si distingue per la non automaticità delle prestazioni richiedendo, piuttosto, l'esistenza e l'accertamento di precise condizioni di svantaggio o bisogno, con conseguente esclusione dal novero dalla stessa di misure erogate *una tantum* a prescindere da qualsivoglia accertamento delle condizioni del potenziale beneficiario: non costituisce dunque prestazione di assistenza sociale l'erogazione di una somma unica per la nascita del secondo o di un ulteriore figlio (Corte cost., 7 luglio 2005, n. 287).

È aperta in questo modo la via all'affermazione di un sistema unitario di sicurezza sociale inteso come sistema complesso attraverso il quale la pubblica amministrazione o altri enti realizzano il fine pub-

blico della solidarietà e dell'uguaglianza tra gli individui, a prescindere dalle condizioni personali e sociali, con l'erogazione di prestazioni di beni, in denaro o in natura, e di servizi ai cittadini che si trovano in situazioni di bisogno per il verificarsi di determinati rischi (V. CRISAFULLI e L. PALADIN, 1990, 251).

Ne è espressione il diritto all'assistenza sociale, atteso che i bisogni economici derivanti da una condizione di inabilità, dall'infortunio, dalla malattia, dall'invalidità, dalla vecchiaia, dalla disoccupazione sono ostacoli che impediscono il «pieno sviluppo della persona umana», il cui superamento diviene interesse per tutta la collettività organizzata nello Stato.

Si esprime così una solidarietà collettiva interessata a che tutti siano liberi da situazioni di bisogno che ne possano limitare la dignità, che trova affermazione come impegno della collettività a fornire a tutti i cittadini i mezzi necessari per vivere (S. BARTOLE, R. BIN, 2008, 372; E. FERRARI, 2000, 598 e ss.; M. PERSIANI 1979, 240; V. CRISAFULLI, 1952, 140 e ss.).

Del pari l'attenzione all'integrazione sociale degli inabili e dei minorati è intesa come espressione della solidarietà generale la cui realizzazione grava sulla collettività (S. BARTOLE e R. BIN, 2008, 372).

Poiché fondamentale è possibile ritenere, anche in assenza di puntuali pronunce sul punto, che il diritto in esame goda di una speciale protezione analoga al diritto alla previdenza sociale e possa ritenersi pertanto irripetibile (Corte cost., 12 luglio 1990, n. 383; Corte cost., 28 gennaio 1993, n. 39), imprescrittibile (Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 206), indisponibile, non assoggettabile a misure cautelari o espropriative o di compensazione (Corte cost., 29 febbraio 1969, n. 22; Corte cost., 21 luglio 1988, n. 831), impignorabile ed inesquestrabile, atteso il carattere alimentare delle prestazioni che ne costituiscono oggetto, destinate come tali a fronteggiare necessità primarie (Corte cost., 4 aprile 1960, n. 18).

La situazione giuridica soggettiva così delineata si configura quale diritto perfetto, incomprimibile, costituzionalmente garantito e direttamente azionabile, anche in via cautelare ed urgente (T Firenze 5 maggio 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 2692; M. PERSIANI, 1979, 240; A. GIORGIS, 1998, 261; ID., 1999, *passim*), e come tale idoneo a creare veri e propri diritti di prestazione.

Ne consegue la necessità di una definizione di un programma di intervento attivo e positivo teso ad assicurare le condizioni essenziali e minime perché ogni cittadino abbia pari opportunità di esercizio dei diritti riconosciutigli e possa pertanto godere di una effettiva «pari dignità sociale» (cfr. artt. 2, 3, 38 Cost.; E. BALBONI, 1998, 167 e ss.;

A. BALDASSARRE, 1989, 1 e ss.; M. MAZZIOTTI, 1964, 806 e ss.; V. CRISAFULLI, 1952, 127 e ss.).

Connotato precipuo del diritto in esame è, secondo la giurisprudenza costituzionale, il contenuto finalistico della prestazione: il rapporto giuridico assistenziale prevede dal lato attivo il diritto del cittadino/individuo al mantenimento ed all'assistenza sociale e dal lato passivo l'obbligo di prestazioni dirette a provvedere ai mezzi necessari per vivere (Corte cost., 3 febbraio 1986, n. 31).

Questi non possono identificarsi con i mezzi adeguati alle esigenze di vita, che comprendono i primi ma non s'esauriscono in essi. Il confronto fra le due espressioni, usate peraltro nello stesso articolo, evidenzia il privilegio dato dal Costituente alla posizione dei lavoratori, anche in considerazione del contributo di benessere offerto alla collettività oltretutto delle contribuzioni previdenziali prestate, ove il primo comma dell'art. 38 Cost. garantisce ai cittadini il minimo esistenziale, alimentare o «minimo vitale», che comporta un'indifferenziazione, un'uniformità, una determinazione quantitativa unica per tutti i cittadini.

Così è posto a totale carico dello Stato l'assegno sociale, sostitutivo della pensione sociale a favore di persone stabilmente residenti in Italia, con più di sessantacinque anni di età e bisognose di assistenza per mancanza di reddito o con redditi inferiori ai livelli minimi individuati dal legislatore (l. 8 agosto 1995, n. 335, *Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare*).

È una forma di assistenza rivolta a tutti a prescindere dalla cittadinanza italiana e utile a garantire in modo univoco e uniforme almeno il minimo esistenziale, cioè il minimo indispensabile a soddisfare le più elementari esigenze di sopravvivenza espressione di quei «mezzi necessari per vivere» oggetto di garanzia costituzionale (Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187; Corte cost., 3 febbraio 1986, n. 31; S. BARTOLE e R. BIN, 2008, 373). Il giudice costituzionale ne ha sottolineato il fondamento sulla solidarietà collettiva, poiché attraverso il prelievo fiscale tutti i cittadini sono chiamati a fornire i mezzi economico-finanziari indispensabili ad attuare le prestazioni assistenziali (Corte cost., n. 31 del 1986, cit.).

Nonostante la lettera del testo costituzionale si riferisca ai cittadini la giurisprudenza ha chiarito che dal novero dei beneficiari delle prestazioni assistenziali, anche nella misura eccedente i limiti dell'essenziale, non possono essere esclusi gli stranieri e gli apolidi in ragione di esigenze finanziarie e di contenimento della spesa pubblica (Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306; il carattere condizionato di un diritto sociale deriva unicamente da ragioni contingenti di carattere materiale che il giudice è chiamato

a superare: Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309; A. GIORGIS, 1998, 281; sull'accesso degli stranieri alle prestazioni v. da ultimo: B. MARZIALE, "Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale", in *Giur. it.*, 2009, 1357; W. CHIAROMONTE, "Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione – Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea", in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, 2008, 101; sulla cittadinanza amministrativa: v. *infra*, cap. VI).

Allo straniero è riconosciuta la parità di trattamento con il cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 2).

L'inciso opera come definizione di un onere in capo al legislatore di provvedere all'individuazione delle condizioni che consentono l'accesso ai servizi pubblici, ove la titolarità del diritto all'assistenza sociale trova altrove il proprio fondamento.

Così è richiesto un collegamento significativo con la comunità italiana, che può essere variamente ricondotto al possesso della qualifica di lavoratore, alla residenza o all'abituale dimora, alla sola presenza sul territorio – nazionale o locale – ovvero al possesso di titoli di soggiorno in forza dei quali possa affermarsi il carattere regolare della permanenza dello straniero sul territorio italiano.

Il diritto alle prestazioni di assistenza sociale che ne conseguono è riconosciuto a prescindere da qualsivoglia altra valutazione diversa dal bisogno, individuato in un primo momento convenzionalmente nel mancato possesso di redditi propri superiori ai limiti minimi previsti dalla legge (Corte cost., 14 aprile 1965, n. 27; Corte cost., 20 aprile 1968, n. 29; Corte cost., 20 febbraio 1969, n. 22) e poi esteso a valutazioni di insieme inerenti anche le difficoltà, diverse dal solo bisogno economico, che la persona umana può incontrare nel corso della propria vita (v. *infra*).

## 2. *Lo stato di difficoltà e di bisogno come presupposti dell'individuazione delle prestazioni di servizio sociale*

L'entrata in vigore della legge quadro di istituzione del sistema integrato di servizi ed interventi sociali e delle successive disposizioni regionali in materia confermano l'assetto dato alle autonomie locali dalle norme in tema di conferimento di funzioni amministrative (Cost. artt. 117, c. VI e 118; l. n. 328 del 2000, cit.; per il Piemonte l. 8 gennaio 2004, n. 1).

Appare in particolare ribadita l'esclusione dalla materia dei servizi sociali delle prestazioni assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché in sede di amministrazione della giustizia.

Le prestazioni previdenziali non costituiscono infatti risposta a situazioni di difficoltà che l'individuo può incontrare nel corso della propria vita, in quanto fondate su presupposti di diversa natura, di tipo contributivo od assicurativo. Analoga conclusione può affermarsi per le prestazioni sanitarie, dirette a consentire il soddisfacimento dei bisogni fondamentali di promozione, mantenimento e recupero delle condizioni di salute della popolazione e non la rimozione di situazioni di difficoltà (v. *infra*, cap. VII).

Definiti i servizi sociali come attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche dirette alla rimozione e al superamento delle situazioni di bisogno e di difficoltà che ogni persona umana può incontrare nel corso della propria vita, le prestazioni ad essi riconnesse sono riferite alla soddisfazione di bisogni e necessità che, pur oggetto di tutela da parte dell'art. 38 Cost., in esso non trovano esaurimento (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 128, c. II; l. n. 328 del 2000, cit., art. 1; Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 226).

L'inabilità al lavoro e l'essere sprovvisti di mezzi di sussistenza per vivere costituiscono infatti una manifestazione parziale delle necessità che l'individuo può presentare per mantenere o raggiungere una situazione di benessere sociale.

È piuttosto la libertà dal bisogno, la cui garanzia costituisce un fine fondamentale per lo Stato, a costituire oggetto degli interventi di assistenza sociale, individualizzati e personalizzati, poiché la qualificazione di «servizio sociale» delinea prestazioni rapportate alla persona individua, l'opposto di una prestazione a carattere industriale.

L'attività di assistenza sociale è pertanto diretta a rispondere ai bisogni dell'individuo oggettivamente considerati, per il soddisfacimento dei quali rileva la titolarità della qualità di persona umana che versi in situazioni di difficoltà o di bisogno, che possono venire in essere a prescindere da valutazioni di carattere esclusivamente economico (E. FERRARI, 2000, 611).

Poiché le situazioni di difficoltà sono riconducibili ai diversi stadi dell'esistenza umana vi rientrano attività rivolte a favore di minori (inclusi i minori a rischio di attività criminose), di giovani, di anziani, di famiglie, di portatori di handicap, di non vedenti, di audiolesi, di tossicodipendenti ed alcooldipendenti, di invalidi civili, di cui è proponibile una ricostruzione in termini di servizi alla persona, di contributi economici e di buoni servizio (d.lgs. n. 112 del 1998, cit., art. 132; l. n. 328 del 2000, cit., art. 22 e sg.).

I primi costituiscono il fondamento tradizionale delle prestazioni sociali, in quanto servizi di sostegno volti a porre rimedio a specifiche difficoltà della persona o del nucleo familiare.

Sono forme di aiuto e assistenza domiciliare ed educativa, quali prestazioni di aiuto per il governo della casa e per il soddisfacimento dei bisogni essenziali della persona e, ove necessario, per consentire l'accesso ai servizi territoriali, nonché per il supporto o la sostituzione temporanea del nucleo familiare delle persone in difficoltà; pasti a domicilio; telesoccorso; informa giovani; edilizia popolare (v. G.M. RACCA, 2007, 4678; Corte cost., 22 marzo 2010, n. 121).

I contributi economici sono costituiti da sussidi e sovvenzioni, come tali subordinati alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni precedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità di corresponsione, la cui effettiva osservanza deve risultare dai singoli provvedimenti dispositivi (cfr. l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 12). Ne sono esempio i contributi di sostegno al canone di locazione; i contributi o sgravi per il pagamento di utenze; i contributi per l'abbattimento di barriere architettoniche; la compartecipazione per il pagamento di rette di istituti (v. *infra*, cap. VI).

Se per i servizi alla persona o i contributi economici non vi è in genere possibilità di scelta del destinatario in ordine alla tipologia di prestazione cui avere accesso, né in ordine all'erogatore, che è previamente individuato all'atto dell'istituzione del servizio nell'ente locale titolare, ovvero in un ente strumentale od, ancora, in un soggetto privato affidatario del servizio (v. *infra*, cap. VI e cap. VIII), i buoni servizio, spesso indicati anche come *voucher*, costituiscono invece titolo per l'acquisto di servizi sociali rilasciati dagli enti titolari su richiesta dell'interessato (per i servizi sociali: l. n. 328 del 2000, cit., art. 17; per l'educazione: buono scuola: l. 10 marzo 2000, n. 62; buono vacanze: l. 29 marzo 2001, n. 135, art. 10).

I *vouchers* costituiscono uno strumento integrativo ed aggiuntivo rispetto al sistema generale, a carattere programmatico, fondato sul modello delle tariffe, che sono corrisposte ai soggetti accreditati per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione sociale regionale e locale (M. CONSITO, 2009, 65 e s.).

Estranea a quanto sinora considerato è l'area degli interventi diretti, pur in una concorrente logica assistenziale, a realizzare obiettivi di differente natura, quali il diritto allo studio come misura di crescita individuale e collettiva, il diritto alla giustizia, le misure dirette a promuovere la posizione economica degli individui o lo stesso diritto alla salute (es. art. 34, c. II, Cost., ove i capaci e i meritevoli, anche privi di mezzi, hanno diritto a raggiungere i gradi più alti de-

gli studi; artt. 41, 44, 45 Cost. in cui si evidenzia il ruolo promotore dello Stato in favore dell'iniziativa economica privata, della piccola proprietà privata, della cooperazione e dell'artigianato; art. 32 Cost.; P. SANDULLI, 1990, 6).

L'intervento non presenta in tali ipotesi aspetti di assistenza sociale, quanto, eventualmente, di onere di servizio pubblico con effetti di rimozione delle conseguenze negative della situazione di disagio economico, che appare piuttosto collaterale e funzionale al perseguimento di altri obiettivi: il richiamo può essere alla fornitura gratuita o parzialmente gratuita di testi scolastici o a servizi di trasporto pubblico con tariffe agevolate ovvero gratuiti. Così l'eventuale esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria in favore di pensionati di vecchiaia che abbiano redditi inferiori a determinati livelli corrisponde, per il giudice costituzionale, all'individuazione di «una categoria di non abbienti che si trovano presuntivamente nell'impossibilità, a causa di condizioni fisiche e per ragioni di ordine sociale, di trovare fonti di reddito ulteriore, e che, a causa del deperimento fisico che generalmente si accompagna all'età avanzata, hanno presumibilmente un bisogno maggiore e più frequente di far ricorso a prestazione di cura, prevenzione e riabilitazione» (Corte cost., 23 aprile 1993, n. 184).

Profili di ordine pubblico e sicurezza nazionale rilevano invece nell'attribuzione allo Stato di interventi puntuali, quali quelli di prima assistenza in favore dei profughi, limitatamente al periodo necessario alle operazioni di identificazione ed eventualmente fino alla concessione del permesso di soggiorno, nonché di ricetto ed assistenza temporanea degli stranieri da respingere o da espellere (d.lgs. n. 112 del 1998, cit., art. 129, lett. h).

Con riguardo allo *stato di bisogno* l'indeterminatezza normativa talora rinvia alle «disagiate condizioni economiche» ovvero all'«indigenza».

L'espressione appare in entrambi i casi limitata ove si utilizzi, per specificarne il contenuto, il solo parametro reddituale, con rinvio alla normazione secondaria per la definizione puntuale delle fasce di reddito e del conseguente disagio, cui commisurare l'assistenza.

Talora a tali fini concorrono ulteriori parametri, con variazione in rapporto alle diverse realtà locali, ricondotti all'insufficienza economica, all'incapacità di un individuo o di un nucleo familiare di provvedere in modo adeguato alle proprie esigenze, al rischio di emarginazione e alle conseguenze, anche fisiche o psicologiche, dello stato di privazione. Parametri la cui verifica è rimessa alla prudente valutazione dell'amministrazione titolare del servizio, cui spetta la definizione delle modalità di riscontro della loro ricorrenza in quanto pre-

supposto per l'accesso alle prestazioni, condizionato da un'acquisizione delle informazioni e da una prova del bisogno non sempre efficaci.

Si propone in tal modo un concetto di stato di bisogno che appare qualitativamente distinto dal semplice disagio economico, in corrispondenza al tentativo, emerso in sede comunitaria, di enucleare un concetto che risulti definito con richiamo alle condizioni di coloro le cui risorse – materiali, culturali e sociali – sono così scarse da escluderli dal tenore di vita minimo accettabile nello Stato membro in cui vivono (Consiglio Ue, Decisione 19 dicembre 1984, 85/8/CEE *su un programma di azione specifica comunitaria di lotta contro la povertà*; P. SANDULLI, 1990, 6).

Secondo tale profilo le disagiate condizioni economiche non assumo rilevanza quale condizione unica di accesso alle prestazioni sociali, bensì come titolo di priorità per l'ammissione alle attività di servizio sociale che, nell'intento del legislatore, possono essere tanto attività pubbliche e/o prestate da soggetti pubblici quanto attività private e/o prestate da soggetti privati (E. FERRARI, 1998, 893; v. *infra*, cap. VI e cap. VIII).

A fronte di uno stato di bisogno così inteso sono configurabili interventi di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale, tra i quali presenta rilievo il reddito minimo di inserimento (R.M.I.), misura sperimentale prevista a livello comunale a favore di soggetti privi di reddito, singoli o con uno o più figli a carico ed impossibilitati, per cause psichiche, fisiche e sociali, al mantenimento proprio e dei figli (per una disamina si consenta il rinvio a M. CONSITO, 2005, 3131; M. CONSITO, 2009 (2), 5311).

Quale strumento integrato di sostegno al reddito il R.M.I. è una misura di assistenza attiva diretta all'integrazione del reddito di persone che, per qualunque ragione, si trovino al di sotto della soglia di povertà, il cui carattere sperimentale ne evidenzia la natura provvisoria, connessa sia al limitato arco temporale di operatività sia all'ambito territoriale circoscritto di attuazione.

La prestazione si traduce in operazioni volte a perseguire l'integrazione sociale e l'autonomia economica dei soggetti e delle famiglie destinatari, attraverso l'adozione di programmi di inserimento personalizzati e trasferimenti monetari integrativi del reddito. Rileva dunque il fine di «contrasto della povertà e dell'esclusione sociale attraverso il sostegno delle condizioni economiche e sociali delle persone esposte al rischio della marginalità sociale» (l. n. 328 del 2000, cit., art. 23; l. 27 dicembre 1997, n. 449; d.lgs. 18 giugno 1998, n. 237; la sperimentazione è stata prorogata sino al 31 dicembre 2002 con la l. 23 dicembre 2000, n. 388 e, successivamente, con d.l. 25 ottobre

2002, n. 236, art. 5, convertito con l. 27 dicembre 2002, n. 284, sino alla conclusione dei processi attuativi della sperimentazione e comunque non oltre il 31 dicembre 2004, fermi restando gli stanziamenti previsti).

Definita impraticabile la possibilità di rendere il R.M.I. una misura generale di sostegno del reddito, la sperimentazione ne ha comportato la progressiva riconduzione ad una politica sociale di livello regionale, sino a promuoverne il superamento e la sostituzione con il reddito di ultima istanza, inserito in una rete esclusivamente locale di protezione sociale e consistente in un «accompagnamento economico ai programmi di reinserimento sociale, destinato ai nuclei familiari a rischio di esclusione sociale ed i cui componenti non siano beneficiari di ammortizzatori sociali destinati a soggetti privi di lavoro».

La prestazione è istituita facoltativamente dalle regioni, cui è attribuito un ruolo di governo e di programmazione, senza indicazione alcuna di vincoli inerenti l'ammontare della corresponsione reddituale, ovvero l'attivazione e le modalità di erogazione dei programmi di inserimento cui la misura si accompagna (l. rg. Campania, 19 febbraio 2004, n. 2, art. 1, c. II; l. rg. Toscana, 24 febbraio 2005, n. 41, art. 14; Patto per l'Italia – Contratto per il lavoro. Intesa per la competitività e l'inclusione sociale, 5 luglio 2002, punto 2.7; Libro Bianco sul Welfare; Piano di azione nazionale contro la povertà e l'esclusione sociale 2003-2005; l. 24 dicembre 2003, n. 350, art. 3, c. 101 e c. 103; Corte cost., 29 dicembre 2004, n. 423). Il reddito di ultima istanza pare dunque decurtato del carattere di misura generale di contrasto alla povertà, aprendo la via ad una molteplicità di potenziali strumenti di lotta alla povertà, differenziata su base territoriale regionale. Contrariamente alle originarie disposizioni normative pare così interrotta la progressiva affermazione di una prestazione sociale a carattere essenziale ed universale (l. n. 328 del 2000, n. 328, cit., art. 22, c. II, lett. a) e art. 23; M. CONSITO, 2005, 3143).

Lo stato di bisogno inteso come indigenza è, poi, fondamento di un dovere di solidarietà che si esprime nell'assunzione da parte del comune di residenza degli obblighi connessi all'eventuale integrazione economica da prestarsi in favore di soggetti per i quali si renda necessario il ricovero stabile presso strutture residenziali (l. n. 328 del 2000, cit., art. 6, c. IV; sull'integrazione delle rette di degenza come obbligo del comune: Cass., sez. III, 6 luglio 2006, n. 15350; Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 3; TAR Veneto, sez. III, 20 aprile 2005, n. 1639; v. *infra*, cap. VI e cap. VIII, in tema di domicilio di soccorso).

3. *Le prestazioni socio-sanitarie: il giudizio di prevalenza e la “sanitarizzazione” delle prestazioni di servizio sociale*

Ove diritto alla salute e diritto all’assistenza sociale manifestino una contestuale esigenza di tutela e derivino da uno stato di bisogno che investa al contempo tanto la sfera sanitaria (promozione, mantenimento, recupero dello stato di salute), quanto quella sociale (promozione, mantenimento, recupero del benessere sociale) di un individuo, l’ordinamento prevede un’interazione tra i settori di intervento sanitario e assistenziale, definita integrazione sociosanitaria, con individuazione di prestazioni peculiari dirette a soddisfare la duplice natura del bisogno (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., artt. 3 *septies*, 8 *ter*; d.P.C.M. 23 aprile 2008, *Definizione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria*).

Sono così definite prestazioni sociosanitarie tutte le attività dirette a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione.

Le prestazioni socio sanitarie ricomprendono prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, che si distinguono dalle prime poiché non sono finalizzate in via principale alla promozione della salute ma al supporto della persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 3 *septies*).

La disciplina di settore rinvia ad un atto di indirizzo e coordinamento – la cui vigenza a seguito della novella costituzionale è ricondotta alla potestà normativa concorrente dello Stato e delle Regioni in materia di tutela della salute e esclusiva dello Stato con riguardo alla definizione dei livelli essenziali di assistenza (art. 117 Cost., c. II, lett. m e c. III) – la specificazione dei criteri di finanziamento e delle tipologie di prestazione che rientrano nella definizione offerta (d.P.C.M. 14 febbraio 2001), cui vanno aggiunte le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria.

Sono prestazioni sanitarie a rilevanza sociale le prestazioni assistenziali che, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento degli esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite, contribuendo, tenuto conto delle componenti ambientali, alla partecipazione alla vita sociale e alla espressione personale. Si tratta di prestazioni inserite in progetti personalizzati di durata medio/lunga che sono erogate in regime ambulatoriale, domiciliare o nell’ambito di strutture residenziali e semiresidenziali.

La competenza circa la loro predisposizione ed erogazione è attribuita alle aziende sanitarie locali, che ne assumono anche il carico finanziario (d.P.C.M. 14 febbraio 2001, art. 3, c. I; v. anche per i profili di integrazione con le prestazioni sociali: d.P.C.M. 23 aprile 2008, cit., artt. 21 e s.).

L'ospitalità alberghiera presso strutture residenziali e semiresidenziali di adulti e anziani con limitazione di autonomia, non assistibili a domicilio costituisce invece esempio di prestazione sociale a rilevanza sanitaria, qualificata dal rilievo assunto dallo stato di bisogno dell'individuo quale elemento capace di condizionare anche lo stato di salute. Si tratta di prestazioni inserite in progetti personalizzati di durata non limitata ed erogate nelle fasi estensive e di lungo assistenza.

Alla medesima categoria sono ricondotti gli interventi di sostegno e promozione a favore dell'infanzia, dell'adolescenza e delle responsabilità familiari; gli interventi di contrasto della povertà nei confronti di cittadini impossibilitati a produrre reddito per limitazioni personali o sociali; gli interventi, anche di natura economica, atti a favorire l'inserimento sociale di soggetti affetti da disabilità o patologia psicofisica e da dipendenza; il sostegno e l'aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza a domicilio di persone non autosufficienti.

In ragione della prevalenza del contenuto di assistenza sociale dei servizi la predisposizione ed erogazione delle prestazioni sociali a rilevanza sanitaria è posta a carico dei comuni, che assumono anche gli oneri finanziari connessi, con tuttavia la possibilità di stabilire una compartecipazione alla spesa da parte degli utenti, ove previsto dalla disciplina regionale e comunale di settore (v. anche l. n. 328 del 2000, cit., art. 4, c. II; d.P.C.M. 14 febbraio 2001, cit., art. 3).

A fronte di prestazioni miste o integrate, per le quali non sempre è facile distinguere le diverse componenti, la giurisprudenza sottolinea come sia il carattere prevalente (ove non esclusivo) dell'attività prestata a rilevare ai fini della qualificazione sanitaria o assistenziale, con conseguente ripartizione degli oneri a carico, rispettivamente, del servizio sanitario nazionale e/o degli enti locali interessati (Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2009, n. 461).

In particolare è prevalente l'aspetto sanitario nel caso di attività di prevenzione, cura e riabilitazione (per le infermità mentali: Cons. St., sez. V, 7 luglio 2005, n. 3741; Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2004, n. 306; per il caso di stati di tossicodipendenza: Corte cost., 22 febbraio 1983, n. 31). Del pari è considerata l'ipotesi di somministrazione necessaria e continuativa di terapie, di trattamenti medici, farmacologici, infermieristici, psicoterapeutici, psicologici, di accertamenti diagnostici

utili a stabilizzare il quadro clinico in favore di persone non autosufficienti o disabili ricoverate in case di riposo o sottoposte a cure domiciliari (Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008, n. 3103; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1329; Cons. St., ad. plen. n. 3 del 2008, cit.; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 111; Cass. 20 novembre 1996, n. 10150). Più in generale sono a carattere sanitario prevalente le prestazioni dirette al recupero funzionale e sociale dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali dipendenti da qualunque causa (C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 4 luglio 2008, n. 572).

Anche per i malati cronici affetti da patologie non suscettibili di riabilitazione e rieducazione funzionale e, quindi, di regressione, nel caso in cui, oltre alle prestazioni socio assistenziali, siano erogate prestazioni sanitarie o anche solo apprestati trattamenti farmacologici volti a conservare le capacità residue di un paziente e al contenimento degli esiti degenerativi, l'attività è considerata comunque a prevalente rilievo sanitario e, pertanto, di competenza del servizio sanitario nazionale anche se tesa esclusivamente ad evitare un peggioramento del quadro clinico (Cons. St., sez. V, n. 461 del 2009, cit.; Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006 n. 4695; TAR Veneto, 29 ottobre 2003 n. 5733; *contra* Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006 n. 111; TAR Veneto, sez. III, 4 aprile 2005, n. 1274; TAR Friuli Venezia Giulia, 4 dicembre 2004, n. 709). Non può in tali ipotesi valere quale discriminazione della natura delle prestazioni la circostanza che i trattamenti praticati abbiano efficacia solo conservativa dello stato del malato, posto che, in tale ottica, si finirebbe per escludere la natura sanitaria di quelle terapie che, pur qualificabili tali, non conseguano la guarigione o un miglioramento della salute del paziente per l'inesorabilità della patologia da cui questo sia affetto (Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006 n. 4693; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2004 n. 7766; Cass., sez. I, 25 agosto 1998 n. 8436).

Le medesime considerazioni valgono per le patologie in fase terminale e le cure palliative, anche domiciliari, che rientrano tra i livelli essenziali di assistenza sanitaria, anche ove integrate da interventi sociali (Cass., sez. I, 25 agosto 1998 n. 8436; TAR Veneto, sez. III, 4 aprile 2005, n. 1274; TAR Veneto, 29 ottobre 2003 n. 5733; TAR Veneto, sez. III, 17 gennaio 2003, n. 510).

Sono invece considerate a prevalenza sociale le prestazioni di trasporto disabili dai rispettivi domicili ai centri di riabilitazione (Cass., S.U., 6 luglio 2007, n. 15237; TAR Umbria, 22 settembre 1994, n. 239); le prestazioni di sorveglianza in favore di malati cronici o psichici in favore di persone ricoverate in case di riposo o residenze sanitarie assistenziali (Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629; Cass. sez. I, 10 maggio 1999, n. 4621; Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481;

Cass., sez. I, 25 agosto 1998, n. 8436; Cass., 20 novembre 1996, n. 10150; Cass., sez. I, 1 ottobre 1994, n. 7989; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2001, n. 2472; TAR Toscana, sez. II, 6 maggio 2009, n. 773); le prestazioni alberghiere sempre per ricoveri in case di cura (Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455), le prestazioni sostitutive dell'assistenza familiare (Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006, n. 4693; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2004, n. 479).

A quest'ultimo riguardo assumono particolare interesse le norme di disciplina dell'assistenza domiciliare integrata e delle cure domiciliari, ove pare emergere un profilo di sanitizzazione di talune prestazioni di assistenza sociale (v. l.r. Piemonte 18 febbraio 2010, n. 10, *Servizi domiciliari a persone non autosufficienti*, art. 5).

Il riferimento è, da un lato, alle persone anziane e alle persone non autosufficienti con patologie cronic-degenerative ove, nel quadro dell'assistenza domiciliare integrata, sono poste a totale carico dei comuni le prestazioni di aiuto domestico e familiare, ove invece l'assistenza tutelare, che comprende prestazioni di igiene personale e cura dell'aspetto generale delle persone, di riassetto delle stanze e dei letti, di assistenza ai pasti, è posta a parziale carico del servizio sanitario nazionale (d.P.C.M. 14 febbraio 2001, cit., Tabella A).

D'altro lato nell'ambito delle cure domiciliari in favore, più in generale, di persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, con patologie in atto o esiti delle stesse, le medesime prestazioni sociali integrate di cura personale e di assistenza tutelare sono assunte a carico del sistema sanitario nazionale per una quota pari al cinquanta per cento (d.P.C.M. 23 aprile 2008, cit., art. 22, c. IV).

Ancora per gli anziani e le persone non auto-sufficienti con patologie cronic-degenerative nelle forme di lungo-assistenza semiresidenziali e residenziali il cinquanta per cento del costo complessivo o, in alternativa, il costo del personale sanitario ed il trenta per cento dei costi per l'assistenza tutelare e alberghiera, è posto a carico del servizio sanitario regionale, ove il restante cinquanta per cento del costo complessivo è a carico del comune, sempre con possibilità di compartecipazione da parte dell'utente (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 3 *septies*, c. VI; d.P.C.M. 14 febbraio 2001, art. 3, c. II e Tabella A).

Questioni possono sorgere in ordine alla ripartizione delle spese ora ricordata ove le persone non autosufficienti siano affette da demenza senile nelle fasi in cui il disturbo mnesico è associato a disturbi del comportamento o dell'affettività, poiché si tratta di trattamenti estensivi che, presentando maggiori profili di carattere sanitario, sono posti a carico del servizio sanitario nazionale per una quota pari al sessanta per cento della tariffa giornaliera (d.P.C.M. 23 aprile 2008, cit., art. 30, c. I, II).

Diverso ancora il caso di trattamenti di lungo assistenza, recupero e mantenimento funzionale sempre in favore di persone non autosufficienti con interventi di sollievo anche per chi assicura le cure.

Poiché vi sono ricomprese prestazioni professionali di tipo medico, infermieristico e riabilitativo, con garanzia di continuità assistenziale, e prestazioni di animazione sociale e di socializzazione, i costi vanno ripartiti tra servizio sanitario nazionale e comuni nella misura del cinquanta per cento ciascuno (d.P.C.M. 23 aprile 2008, cit., art. 30, c. I, lett. c, c. II).

Esclusivo carattere sanitario presentano poi le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria, inserite nei livelli essenziali di assistenza sanitaria, cui vanno ricondotte tutte le prestazioni caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, che attengano prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da H.I.V. e patologie terminali, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative.

Riferite in particolare alla copertura degli aspetti del bisogno sociosanitario inerenti le funzioni psicofisiche e la limitazione delle attività del soggetto, nelle fasi estensive e di lungoassistenza possono essere erogate in regime ambulatoriale domiciliare o nell'ambito di strutture residenziali o semiresidenziali.

L'erogazione spetta pertanto alle aziende sanitarie locali, con copertura delle spese posta a carico del fondo sanitario nazionale (d.P.C.M. 14 febbraio 2001, art. 3, c. III).

La diversa qualificazione delle prestazioni sociosanitarie assume rilievo anche ai fini dell'accreditamento e dell'autorizzazione dei soggetti erogatori, ove si esclude ogni complementarità tra prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, sociali a rilevanza sanitaria e prestazioni ad elevata integrazione sanitaria. Non sono dunque equiparabili a tali fini le strutture che erogano la riabilitazione specialistica in regime ambulatoriale e le strutture sociosanitarie che erogano assistenza in regime residenziale a ciclo continuativo o diurno, con la conseguenza che l'avvenuto accreditamento per una delle due attività non ne comporta l'estensione anche alla seconda (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 4976; sui requisiti per l'accreditamento si consenta il rinvio a: M. CONSITO, 2009, 46).

In caso di prestazioni sociosanitarie erogate in strutture accreditate residenziali e semiresidenziali o in forma domiciliare, per la copertura della quota posta a carico dell'assistito è prevista l'istituzione – ad opera di soggetti pubblici o privati – di fondi integrativi finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non com-

prese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, definiti dal Piano sanitario nazionale e dai relativi provvedimenti attuativi. Le fonti istitutive di detti fondi sono: a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali; b) accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale; c) regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali; d) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da organizzazioni non lucrative operanti nei settori dell'assistenza socio-sanitaria o dell'assistenza sanitaria; e) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da società di mutuo soccorso riconosciute; f) atti assunti da altri soggetti pubblici e privati, a condizione che contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti. Si tratta di fondi autogestiti, che possono essere affidati in gestione mediante convenzione, da stipulare con istituzioni pubbliche e private che operano nel settore sanitario o sociosanitario da almeno cinque anni, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro della sanità (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 9).

#### 4. (segue): *la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata*

Nel quadro dell'assistenza domiciliare integrata è ora da segnalare la previsione di una partecipazione delle farmacie pubbliche e private operanti in convenzione con il Servizio sanitario nazionale al servizio reso in favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta (d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153, *Individuazione di nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché disposizioni in materia di indennità di residenza per i titolari di farmacie rurali, a norma dell'articolo 11 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, art. 1, c. II, lett. a; art. 2, c. I, lett. b, punto 3, che ha modificato il d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 8).

Spetta all'azienda unità sanitaria locale individuare la farmacia convenzionata competente all'erogazione del servizio per i pazienti che risiedono o hanno il proprio domicilio nel territorio in cui sussiste condizione di promiscuità tra più sedi farmaceutiche, sulla base del criterio della farmacia più vicina, per la via pedonale, all'abitazione del paziente. Criterio che opera anche nel caso in cui una farmacia decida di non partecipare all'erogazione del servizio di assistenza do-

miciliare integrata per i pazienti residenti o domiciliati nella relativa sede (d.lgs. n. 153 del 2009, cit., art. 2, c. I, lett. b, punto 3).

La partecipazione al servizio può prevedere: la dispensazione e la consegna domiciliare di farmaci e dispositivi medici necessari; la preparazione, nonché la dispensazione al domicilio delle miscele per la nutrizione artificiale e dei medicinali antidolorifici, nel rispetto delle relative norme di buona preparazione e di buona pratica di distribuzione dei medicinali e nel rispetto delle prescrizioni e delle limitazioni stabilite dalla vigente normativa; la dispensazione per conto delle strutture sanitarie dei farmaci a distribuzione diretta; la messa a disposizione di operatori socio-sanitari, di infermieri e di fisioterapisti, per la effettuazione, a domicilio, di specifiche prestazioni professionali richieste dal medico di famiglia o dal pediatra di libera scelta (d.lgs. n. 153 del 2009, cit., art. 2, c. I, lett. b, punto 3).

##### *5. Il riparto delle spese di ricovero e la giurisdizione*

Si è evidenziato come nel quadro dell'assistenza organizzata in favore di persone anziane, disabili, tossicodipendenti, minori è necessario verificare se presso le strutture residenziali ad essi destinate sia prestata soltanto un'attività di sorveglianza e di assistenza non sanitaria, oppure siano erogate anche prestazioni sanitarie.

Solo nel primo caso l'attività potrà considerarsi di natura socioassistenziale e pertanto estranea al servizio sanitario.

La differenza rileva a fini di riparto delle spese, ove è principio consolidato che, a fronte di ricoveri di natura prevalentemente sanitaria, gli oneri siano posti a carico del servizio sanitario nazionale, mentre gravano sul comune di ultima residenza qualora la natura del ricovero sia socioassistenziale senza rilievo sanitario (TAR Sicilia 26 ottobre 2007, n. 1728; TAR Lombardia, 18 giugno 2007, n. 553; Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2006, n. 4694; Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2005, n. 3741; TAR Veneto, sez. III, 4 aprile 2005, n. 1274; TAR Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 39; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3377; Const. Stato, sez. V, 20 gennaio 2004, n. 152; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2004, n. 7766; Corte cost., 16 ottobre 1999, n. 455).

Per le conseguenti controversie tra enti pubblici in ordine al pagamento dei corrispettivi per le degenze e la richiesta di rimborso e di liquidazione di somme dovute a titolo di spese di rilievo sanitario e socioassistenziali si afferma la giurisdizione del giudice ordinario nel caso di rapporti di debito e credito ove si faccia questione in ordine a situazioni di pura debenza (TAR Basilicata, 18 dicembre 2002,

n. 1019; Cass. S.U., 1 luglio 2008, n. 17928; Cass., S.U., 16 maggio 2008, n. 12377; Cass., S.U., 26 luglio 2006, n. 17000; Cass., S.U., 18 ottobre 2005, n. 20114; Cass. SU, 18 luglio 2001, n. 9767; Cass. SU, 26 febbraio 1999, n. 102; Cass., S.U., 18 novembre 1997, n. 11435). La medesima giurisdizione si afferma nel caso della rivalsa delle spese di ricovero sostenute da ospedali e comuni nei confronti di ricoverati che non si trovino in condizioni di povertà (Cass., S.U. 28 aprile 2004, n. 8102; Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629; Cass., sez. I, 26 marzo 2003, n. 4460; Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481; TAR Lombardia, sez. III, 13 maggio 2002, n. 2059; sulla rivalsa v. *infra*, cap. VI).

Sono queste ipotesi che vertono in tema di corrispettivi per obbligazioni che si ricollegano a presupposti prefigurati dalla legge, per i quali non assume rilievo il fatto che, incontestato il diritto al rimborso in favore dell'ente erogatore (es.: casa di cura), il rapporto si sia svolto tra enti pubblici in ordine alla titolarità passiva dello stesso (Cass., S.U. n. 17928 del 2008, cit.).

Del pari la controversia introdotta da un istituto di cura nei confronti del comune e della a.s.l. per il pagamento di rette di degenza relative a pazienti degli ex ospedali psichiatrici rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, sia nel caso in cui si ritenga che la prestazione in favore del ricoverato integri una prestazione sanitaria, sia nel caso in cui sia ritenuto prevalente il carattere socio-assistenziale di tale prestazione. In entrambi i casi il rapporto dedotto in giudizio verte in tema di corrispettivi per un'obbligazione che si ricollega a presupposti prefigurati dalla legge (esclude l'applicabilità delle norme in materia che prevedevano la giurisdizione amministrativa, dopo il radicale mutamento del sistema di custodia e cura degli alienati: Cass., S.U., 30 luglio 2008, n. 20586; l. 14 febbraio 1904, n. 36, art. 7; l. 13 maggio 1978, n. 180; r.d. n. 1054 del 1924, cit., art. 29).

Al contrario si conferma la giurisdizione del giudice amministrativo ove le controversie afferiscano all'individuazione del soggetto pubblico tenuto a corrispondere rette di degenza o sorgano in materia di ospedalità e di ricovero degli inabili al lavoro o, comunque, in costanza di rapporti convenzionali di carattere concessorio.

Occorre ricordare in merito l'originario disposto della legge sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza che pone la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie tra province, comuni, istituti mutualistici e assicurativi di diritto pubblico, consorzi provinciali antitubercolari e istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza per il rimborso di spese di ospedalità, di soccorso e di assistenza rese obbligatorie da particolari disposizioni di legge o di statuti (l. 17 luglio 1890, n. 6972, art. 80).

La giurisdizione del giudice amministrativo al riguardo appare in seguito confermata, rispettivamente, dalle norme sui procedimenti giurisdizionali innanzi al Consiglio di Stato e ai tribunali amministrativi regionali (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 29, nn. 5, 6, 7; l. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 7).

Vi rientrano in particolare i ricorsi per la competenza passiva delle spese ritenute obbligatorie per lo Stato, la provincia e i comuni aventi ad oggetto il riparto delle spese di ospedalità di pazienti disabili psichici tra Comune e servizio sanitario nazionale, ove le disposizioni in esame non escludono che il conflitto in tema di identificazione del debitore possa insorgere anche tra soggetti appartenenti allo stesso comparto, come ad esempio due a.s.l. (Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 3; r.d. n. 1054 del 1924, cit., art. 29, n. 5).

In relazione poi ai ricorsi in materia di spese di ospedalità, di soccorso e di assistenza si è affermato che la giurisdizione esclusiva prevista in tema non è in contrasto con l'art. 103 Cost., poiché le controversie non riguardano solo una pretesa patrimoniale di un gestore di servizio pubblico ma principalmente la qualificazione delle prestazioni come sanitarie o assistenziali e l'individuazione degli oneri posti a carico rispettivamente del fondo sanitario nazionale o del comune, con questioni che implicano valutazioni sui poteri di cui dispone l'amministrazione nella regolazione di un servizio (r.d. n. 1054 del 1924, cit., art. 29, n. 6; TAR Lombardia, Brescia, 2 ottobre 2006, n. 1255; v. inoltre Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2004, n. 124; Cons. St., sez. V, 31 luglio 2006, n. 4693; TAR Lombardia, 20 aprile 2006, n. 404; A. ROMANO e R. VILLATA, 2009, 1429).

Rientra nella giurisdizione amministrativa esclusiva per spese di ricovero degli inabili al lavoro il caso in cui si controverta circa l'esatta individuazione dell'ente onerato al pagamento delle rette per il ricovero di anziani disabili presso enti convenzionati (TAR Sicilia, sez. I, 19 ottobre 2006, n. 2312).

La giurisprudenza amministrativa ribadisce ad oggi la propria giurisdizione, sia affermando la permanenza in vigore della disciplina ricordata poiché connotata da un carattere di specialità, sia radicandola anche secondo il diverso profilo del rapporto di pubblico servizio, ove emergano questioni relative a concessioni di pubblici servizi che permangono di sua cognizione esclusiva ove non afferenti a canoni, indennità e altri corrispettivi (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80; Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; Cons. St., ad. plen. n. 3 e 5 del 2008, cit.; Cons. St., sez. V, n. 4693 del 2006, cit.; TAR Lombardia n. 204 del 2006, cit.; TAR Veneto, sez. III, 20 aprile 2005, n. 1639; TAR Lombardia, sez. I, 28 febbraio 2005, n. 468; A. ROMANO e R. VILLATA, 2009; A. ROMANO, 2004, 417 e s.).

A quest'ultimo riguardo esulano dalla qualificazione di indennità, canoni e corrispettivi di una concessione, e quindi non rientrano nella giurisdizione ordinaria, le questioni inerenti all'*an*, cioè alla sussistenza o meno dell'obbligo di provvedere alla corresponsione da parte di un ente pubblico delle somme relative a prestazioni sanitarie o socio-assistenziali, poiché non afferenti alla sola determinazione del *quantum* dovuto e alla effettiva debenza degli importi maturati in favore del concessionario (o accreditato) del servizio (Cons. St., ad. plen, n. 5 del 2008, cit.; Cons. St. ad. plen. n. 3 del 2008).

Vi è giurisdizione della Corte dei conti per le azioni di responsabilità contabile nei confronti di dipendenti comunali in caso di ammanchi verificatisi nella gestione delle operazioni d'incasso di pensioni a parziale copertura delle spese per il ricovero di cittadini bisognosi in istituti di cura e di assistenza (Corte conti, sez. II, giur. centr. App., 10 settembre 2001, n. 291/A).

### Bibliografia

- E. BALBONI, *I servizi sociali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Vol. III, Bologna, 1998, 167;
- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989;
- S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- V. CRISAFULLI e L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990;
- V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952;
- M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009;
- M. CONSITO, *Assistenza Sociale*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della Famiglia*, Tomo 2<sup>a</sup>, Milano, 2007, 4495 e poi in M. SESTA (a cura di), *Codice della Famiglia*, II° ed., Tomo III°, Milano, 2009, 5311;
- M. CONSITO, *Il reddito minimo di inserimento ed il reddito di ultima istanza: un confronto tra prestazioni di servizio sociale*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, Milano, 2005, 3131;
- M. CONSITO, *La competenza consiliare nella determinazione delle tariffe per la fruizione di beni e servizi comunali*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, Milano, 2003, 3813;
- E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986;
- E. FERRARI, *Art. 128, Art. 129*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, 1998;
- E. FERRARI, *I servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Padova, 2000, 598;
- A. GIORGIS, *Circa il carattere immediatamente precettivo dei diritti costituzionali all'autonomia di alcune sfere distributive*, in R. FERRARA e S. SI-

- CARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia – Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, 261;
- A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione del diritto all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999;
- M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 806;
- M. PERSIANI, *Art. 38*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979;
- A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. amm.*, 2004, 417;
- A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 2009;
- P. SANDULLI, *Disagiate condizioni economiche nel diritto alla sicurezza sociale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. V, 1.

## Capitolo V

### *Il diritto alla salute e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

di Roberto Chenal

SOMMARIO: 1. La rilevanza degli obblighi CEDU. – 2. Il riconoscimento del diritto alla salute nella CEDU. – 3. (segue): l'estensione del concetto di salute: benessere, qualità di vita e autonomia personale. – 4. La responsabilità dello Stato per la violazione dei diritti CEDU. – 5. (segue): la responsabilità dello Stato implicante obblighi positivi di protezione. – 6. Gli obblighi positivi in materia sanitaria: i rapporti tra settore pubblico e settore privato. – 7. (segue): l'accesso gratuito alle cure sanitarie di base: la tutela della vita (articolo 2 CEDU). – 8. (segue): la tutela dell'integrità fisica (articolo 3 CEDU). – 9. (segue): la tutela della qualità della vita (articolo 8 CEDU). – 10. (segue): La qualità della vita delle persone affette da handicap e adeguatezza delle strutture e servizi offerti. – 11. Condizioni di estrema povertà, livello minimo di sostentamento e tutela dell'integrità fisica e psichica.

#### 1. *La rilevanza degli obblighi CEDU*

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattato internazionale firmato a Roma il 4 novembre 1950 e ratificato dall'Italia con legge n. 848 del 1955, può considerarsi il sistema più avanzato di tutela dei diritti fondamentali a livello internazionale (sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo da ultimo si veda: F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e "le ragioni" dell'interesse pubblico*, Siena, Certosa di Pontignano, 12-13 giugno 2009, in corso di pubblicazione; F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 327; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 2009; J.F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007; S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; I.E. KOCH, *Human rights as indivisible rights: the protection*

*of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2009; A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, 2004).

Il riconoscimento di una serie di diritti fondamentali, la presenza di un organo giurisdizionale che ha il potere di accertare le eventuali violazioni compiute dagli Stati membri e di prevedere misure di cessazione e riparazione delle violazioni, la presenza di una procedura, benché di carattere politico, di esecuzione conferiscono a tale strumento, così come è stato riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (sentenze 348 e 349 del 2007), un carattere di indubbia peculiarità. A ciò si deve aggiungere un ulteriore elemento che rende la CEDU un esempio unico sul piano internazionale ossia la previsione del ricorso diretto e individuale da parte di qualsiasi individuo che si trovi sotto la giurisdizione di uno dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Con la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo gli Stati europei hanno deciso di limitare la propria sovranità conferendo ad un organo giurisdizionale internazionale il compito di verificare se il potere esercitato dagli organi statali è compatibile con la tutela dei diritti umani. La Corte europea, attraverso la sua giurisprudenza, ha permesso non solo di accertare caso per caso l'eventuale presenza di violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione, ma di dare vita ad un testo normativo formato da disposizioni di principio di per sé piuttosto vaghe. La Corte europea, disancorandosi da un rigido "testualismo" e limitando l'utilizzo di criteri di interpretazione formali, ha rigettato l'idea di una Convenzione statica, espressione della mera volontà del "legislatore storico" o presente. Al contrario, valorizzando il preambolo della Convenzione e gli strumenti offerti dalla Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati, i giudici di Strasburgo hanno fatto una scelta precisa e consapevole adottando, nei limiti della lettera delle disposizioni convenzionali e del principio di sussidiarietà, un'interpretazione evolutiva e dinamica della CEDU, in modo da poter garantire una tutela dei diritti che sia "reale ed effettiva e non meramente teorica e illusoria". La Convenzione europea è dunque considerato uno "strumento vivente" da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali (*Tyner c. Regno Unito*, 1978)

La CEDU, in quanto trattato internazionale, benché conferisca agli individui precisi diritti e libertà, è uno strumento che si rivolge e vincola esclusivamente gli Stati. Tuttavia gli obblighi sottoscritti dagli Stati membri hanno un *carattere oggettivo*: essi infatti "mirano a proteggere i diritti fondamentali dei singoli contro le violazioni degli Stati membri, piuttosto che creare diritti soggettivi e reciproci tra

questi ultimi” (*Austria c. Italia*, dec. 1961). In linea di principio e fatte salve le precisazioni che seguiranno, la Convenzione regola quindi, in un’ottica verticale, principalmente i rapporti Stato-individuo.

Solo gli Stati, considerati nella loro unitarietà, possono essere considerati responsabili di fronte alla Corte di eventuali violazioni della CEDU. Essi rispondono degli atti di ciascun organo statale, che sia il legislatore, il Governo, la magistratura, la pubblica amministrazione o un suo qualunque agente. Ciò significa che ciascun organo dello Stato è direttamente tenuto al rispetto della Convenzione. Nel caso *Scozzari e Giunta* 2000, per esempio, è la condotta dei servizi sociali in materia di affidamento di minori ad aver comportato la responsabilità internazionale dello Stato italiano. Nei casi *Mastromatteo* (2002) e *Maiorano* (2009), l’Italia è stata condannata in quanto i magistrati italiani hanno concesso dei benefici penitenziari a individui che costituivano un pericolo per la vita di terzi. Nell’*affaire Scordino* (2006) la regione Calabria e il comune di Reggio Calabria sono stati ritenuti responsabili per un’espropriazione risultata contraria alla CEDU; con la sentenza *Grande Oriente d’Italia di Palazzo giustiniani (n°2) c. Italia*, 2007 la Corte ha considerato che la legge della Regione Friuli Venezia Giulia fosse incompatibile con la CEDU in quanto obbligava i candidati a ricoprire un incarico pubblico a dichiarare l’eventuale appartenenza ad un’associazione massonica o segreta; nei casi *I c. Finlandia* (2008) e *Denis Vasilyev c. Russia* (2009) gli Stati sono stati condannati a causa di atti e omissioni di strutture ospedaliere.

Si noti a questo proposito che l’articolo 1 commi 1217-1222 della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007) ha introdotto la possibilità da parte dello Stato di esercitare un’azione di rivalsa nei confronti degli enti pubblici, territoriali e non, resisi responsabili di violazioni della CEDU.

Specularmente e in ossequio al principio di sussidiarietà, i primi soggetti tenuti a garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali sono proprio gli organi statali. La Corte ritiene che i magistrati nazionali siano considerati i primi giudici della CEDU, i primi responsabili della sua applicazione. Questi sono tenuti ad interpretare il diritto nazionale in maniera tale da renderlo conforme al dettato della CEDU. Questo principio è stato più volte chiarito dalla Corte europea [in questo senso si v., tra gli altri, l’*affaire Storck c. Germania*, 2005; si veda anche *Daddi c. Italia*, 2009].

È, inoltre, la stessa giurisprudenza italiana ad aver accettato e riconosciuto tale principio. Secondo una giurisprudenza, recente ma consolidata [tra le altre, si vedano le storiche sentenze 348 e 349 del 2007], i giudici nazionali sono tenuti ad effettuare, tutte le volte che la lettera della norma interna lo permette, un’interpretazione conforme

alla CEDU della disposizione legislativa italiana. Nel caso in cui ciò non sia possibile, i giudici sono tenuti a sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. che riconosce la Convenzione europea, in quanto parametro interposto, come norma di livello sub-costituzionale.

La PA ha il dovere, dal canto suo, non solo di astenersi dal compiere ingerenze, considerate illegittime alla luce del sistema della CEDU, nei diritti degli individui, ma anche quello di indirizzare la propria attività per prevenire tali violazioni e per, eventualmente, ripararle. Non solo, ma nell'ambito degli spazi di discrezionalità ad essa conferiti, la PA dovrà organizzarsi, gestire le risorse e stabilire le priorità in un'ottica di una piena ed effettiva realizzazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU. La Corte ha sottolineato più volte il ruolo e l'importanza della pubblica amministrazione nella tutela dei diritti fondamentali ("L'amministrazione costituisce un elemento dello Stato di diritto e il suo interesse si identifica con quello di una buona amministrazione della giustizia" (*Hornsby c. Grecia*, 1997)).

## 2. Il riconoscimento del diritto alla salute nella CEDU

Il diritto alla salute, come la maggior parte dei diritti sociali, non ha avuto un esplicito riconoscimento nel testo della Convenzione europea (per il riconoscimento del diritto alla salute nell'ordinamento italiano, si veda *infra*, cap. VII). Tuttavia, grazie all'attività interpretativa della Corte, un tale diritto ha ottenuto un certo grado di tutela attraverso l'applicazione estensiva di alcuni diritti civili. I principali diritti che sono stati veicolo di un riconoscimento implicito del diritto alla salute sono principalmente il diritto alla vita (art. 2 CEDU), il divieto di subire atti di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) e il diritto alla tutela della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), il divieto di discriminazione (art. 14) e, in via residuale, la tutela della proprietà (art. 1 del Protocollo n. 1) e il diritto al giusto processo (art. 6 CEDU).

L'articolo 2 CEDU protegge gli individui, principalmente, contro lesioni del diritto alla vita. Tale diritto « consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa » (*McCann e altri c. Regno Unito*, 1995), « un attributo inalienabile della persona umana [...] e il valore supremo nella gerarchia dei diritti umani ». La Corte ha inoltre affermato come la tutela del diritto alla vita sia strumentale al godimento effettivo di qualunque altro diritto e libertà garantito dalla Convenzione (*Pretty c. Regno*

Unito, 2002). La giurisprudenza ha tuttavia allargato il campo di applicazione di tale articolo, includendovi anche casi in cui i danni all'integrità fisica, benché potenzialmente mortali, non abbiano comportato il decesso della vittima (*Makaratzis c. Grecia*, 2004). Tuttavia, tale circostanza è considerata dalla Corte del tutto eccezionale, in quanto, in principio, le gravi lesioni all'integrità fisica e psicologica, ricadono, come si vedrà, sotto l'articolo 3 CEDU. Il diritto alla vita, benché inderogabile ai sensi dell'articolo 15 CEDU, non ha portata assoluta. Il secondo paragrafo dello stesso articolo 2 prevede, infatti, le cause che possono rendere legittimo l'uso della forza mortale da parte di agenti dello Stato. Tuttavia, la Corte considera tali cause tassative e le interpreta in senso restrittivo (*McCann c. Regno Unito*). Ciò significa che non possono essere addotte dallo Stato ragioni diverse e ulteriori per giustificare la compressione del diritto alla vita, ancorché fondate sull'esigenza di tutelare altri diritti previsti dalla Convenzione stessa. Inoltre, al fine di rispettare il dettato dell'articolo 2 l'azione dello Stato deve, in ogni caso, rispettare il principio di stretta proporzionalità.

Per ciò che concerne l'applicabilità di tale articolo, la Corte ha più volte considerato che ricorrenti colpiti da gravi malattie potessero godere della sua protezione: nel caso *L.C.B. c. Regno Unito* (1998) la ricorrente era affetta dalla leucemia; in *Karchen c. Francia* il ricorrente contaminato dal virus dell'HIV, aveva visto le sue chance di vita ridursi considerevolmente. L'ormai risalente *affaire Association X c. Regno Unito* del 1978 riguardava bambini colpiti da gravi "effetti secondari", in alcuni casi mortali, conseguenti ad una campagna di vaccinazione promossa dalle autorità pubbliche; nel caso *G.N. c. Italia* del 2009 la vita della ricorrente è gravemente minacciata a causa della contrazione dell'epatite C dovuta alla contaminazione per trasfusione di sangue infetto.

L'articolo 3 CEDU tutela gli individui contro gravi lesioni all'integrità fisica (trattamento inumano) e psichica (trattamento degradante). L'articolo 3 CEDU, accanto all'articolo 2, costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte, una delle disposizioni più importanti della Convenzione (*Z. c. Regno Unito*, 2001). Tale articolo, anch'esso inderogabile (articolo 15 CEDU), ha, al contrario dell'articolo 2, una portata assoluta: non è, infatti, prevista alcuna causa di limitazione e i diritti riconosciuti non sono sottoponibili a bilanciamento con altri interessi contrapposti. Affinché una lesione dell'integrità fisica o psicologica dell'individuo possa costituire un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 3 CEDU è necessario che superi una determinata soglia minima di gravità la cui sussistenza è determinata, caso per caso, dalla Corte sulla base di una serie di fattori quali la

natura e il contesto del trattamento, la sua durata, i suoi effetti sull'integrità fisica e mentale e, ancora, l'età, il sesso, lo stato di salute della vittima (*Selmouni c. Francia*, 1999).

La Corte ha ritenuto che la sofferenza dovuta ad una malattia, fisica o mentale, può ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 3 in particolare se è, o rischia di essere, esacerbata da un trattamento, quale la detenzione o l'espulsione, di cui possono considerarsi responsabili le autorità statali (*Keenan c. Regno Unito*, 2001, *D. c. Regno Unito*, 1997; ma si veda anche *Pretty c. Regno Unito* in cui la Corte, benché concluda per la non-violazione sembra poter ritenere applicabile l'articolo 3 anche se il sorgere e il decorso della malattia hanno cause meramente naturali). E ancora, condizioni di estrema povertà che possano avere gravi conseguenze sulla salute fisica o mentale di un individuo tali da integrare la c.d. « soglia minima di gravità », possono comportare l'applicazione dall'articolo 3 (*Larioshina c. Russia*, 2002).

L'articolo 8 CEDU, infine, riconosce il diritto alla tutela della vita privata, familiare e del domicilio. La Corte ha più volte sostenuto che tali concetti costituiscono delle nozioni particolarmente ampie e quello di vita privata include la protezione contro lesioni all'integrità fisica e psicologica (*Wainwright c. Regno Unito*, 2006) che non integrano la soglia minima richiesta dalla nozione di trattamento inumano o degradante (*Juhnke c. Turchia*, 2008). L'articolo 8 CEDU, al contrario degli articoli 2 e 3 CEDU non è inderogabile, e, soprattutto, si differenzia da quest'ultimo in quanto può essere compreso dallo Stato al fine di perseguire i fini tassativamente previsti dal secondo paragrafo dello stesso articolo 8. In ogni caso, l'azione dello Stato, nel perseguimento delle proprie finalità, deve rispettare il principio di proporzionalità (implicitamente riconosciuto attraverso il concetto di "necessità in una società democratica"). Infine, gli interessi tutelati dall'articolo 8 possono essere bilanciati con altri interessi contrapposti riconosciuti dalla Convenzione.

In relazione a tale articolo, l'esistenza di una soglia minima di gravità dipende dallo specifico aspetto del diritto alla vita privata che è in gioco, dal soggetto che pone in essere l'ingerenza e dal contesto in cui tale ingerenza avviene.

In caso di trattamento sanitario imposto contro la volontà del paziente, in particolare nel contesto di un internamento psichiatrico anche la minima ingerenza fisica costituisce un atto rilevante ai sensi dell'articolo 8, il quale dunque troverà applicazione nel caso concreto (*Storck c. Germania*, 2005; *X c. Austria*, no 8278/78, déc. 1979). In materia ambientale, invece, la Corte ha ritenuto che l'ingerenza che non raggiunga una certa soglia minima di gravità non è considerata

rilevante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 8 CEDU. La valutazione di tale soglia è relativa per sua stessa natura e dipende dalle circostanze del caso concreto con particolare riguardo all'intensità e durata dell'ingerenza e alle conseguenze sull'integrità fisica e psicologica (*Fadeieva c. Russia*, 2005).

Infine, in caso di ingerenza proveniente da terzi, la Corte valuta in ogni caso se la lesione all'integrità fisica subita costituisca una limitazione rilevante alla vita privata del ricorrente. Nel caso *Secic c. Croazia*, 2006, ad esempio, la Corte ha stabilito che nessun obbligo positivo di protezione incombesse sulle autorità nazionali rispetto ad un'aggressione fisica alla quale lo stesso ricorrente non aveva dato particolare importanza.

### 3. (segue): l'estensione del concetto di salute: benessere, qualità di vita e autonomia personale

La giurisprudenza della Corte ha recentemente allargato il concetto di salute, estendendolo fino ad includere quello di benessere e qualità di vita. In particolare, sempre in materia ambientale, la Corte ritiene che, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 8, non sia necessario che l'ingerenza nella vita privata e nel domicilio comporti un grave pericolo per la salute, ma sia sufficiente che possa incidere sul benessere di una persona (*Lopez Ostra c. Spagna*, 1994, *Taskin e altri c. Turchia*, 2004). In un altro caso recente, la Corte ha ritenuto applicabile l'articolo 8 in relazione all'inquinamento provocato dall'attività di una fabbrica, giudicato suscettibile di causare un « deterioramento della qualità della vita delle persone » e, in particolare, incidere sul benessere dei ricorrenti e privarli del godimento del loro domicilio in maniera tale da nuocere alla vita privata e familiare (*Tatar c. Romania*, 2009).

Nell'ormai celebre sentenza *Pretty c. Regno Unito*, la Corte ha introdotto per la prima volta un concetto chiave direttamente connesso a quello della dignità della persona. La Corte ha infatti stabilito che il concetto di vita privata non include solo il diritto allo sviluppo personale e ad intrattenere rapporti con altri individui e la realtà circostante (*Friedl c. Austria*, 1995) ma anche il riconoscimento della nozione di autonomia personale. In tale occasione la Corte ha affermato che « *bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, [la nozione di autonomia privata] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* ». Le conseguenze di un tale riconoscimento sono molteplici. L'eventuale assenza di strutture adeguate per persone affette da han-

dicap fisici che impediscono loro di condurre una vita attiva, ad esempio, può fare sorgere «sentimenti di umiliazione e di sconforto suscettibili di influenzare la loro autonomia personale e, dunque, la qualità della loro vita privata» (*Molka c. Polonia*, 2006). E ancora, comportano l'applicabilità dell'articolo 8 doglianze concernenti l'assenza di misure che possano «favorire la mobilità e la qualità della vita di ricorrenti disabili» (*Marzari c. Italia* dec. 1999; *Maggiolini c. Italia*, dec. 2000; *Sentges c. Paesi Bassi*, dec. 2003, e *Pentiacova e altri c. Moldavia*, dec. 2005).

#### 4. *La responsabilità dello Stato per la violazione dei diritti CEDU*

Secondo la classica impostazione relativa alla responsabilità internazionale dello Stato in materia di diritti umani – con particolare riferimento ai trattati relativi alla protezione dei diritti civili e politici – un primo obbligo dello Stato è quello di non ingerenza (*duty to respect* o *obligation de respecter*). Lo Stato è tenuto, innanzitutto, ad astenersi dal compiere ingerenze illegittime nei diritti previsti dalla Convenzione. La struttura degli articoli e la modalità di riconoscimento dei diritti tutelati esprime chiaramente questa struttura. L'articolo 8, per esempio, nel suo primo paragrafo enuncia e riconosce il diritto sostanziale (vita privata e familiare e domicilio e corrispondenza), mentre il secondo paragrafo determina i casi in cui lo Stato è legittimato a comprimere tali diritti. Nessun esplicito riferimento è fatto a una diversa tipologia di responsabilità implicante un obbligo positivo di tutela di diritti la cui compressione è dovuta a ingerenze non addebitabili allo Stato stesso. Si tratta di obbligazioni di risultato e non di mezzi: lo Stato non può addurre problemi o deficit concernenti la “macchina statale”, quali la scarsità di risorse umane o finanziarie, per giustificare eventuali ingerenze.

Rispetto a questa tipologia di violazioni, risultano di particolare interesse, rispetto alla tutela della salute, le sentenze relative all'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori (*Juhnke c. Turchia*, *Pretty c. Regno Unito*), ai casi di responsabilità medica (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, 2002) e, più in generale, a tutti quei casi in cui l'integrità fisica o psichica è compressa direttamente da organi dello Stato.

In questo contesto si è ritenuto, tuttavia, di non affrontare tali tematiche e di concentrare l'attenzione su altri aspetti del diritto alla salute connessi agli obblighi positivi di tutela, in particolare modo quelli maggiormente implicanti un impegno finanziario da parte dell'amministrazione pubblica.

5. (segue): la responsabilità dello Stato implicante obblighi positivi di protezione

La Corte ha più volte messo in evidenza come gli articoli 2, 3, 4, 5 e 8 della Convenzione, combinati con l'articolo 1, considerato dalla Corte europea il fondamento del principio di effettività, comportino per gli Stati non solo l'obbligo di astenersi dal commettere un'ingerenza nei diritti in questione ma anche di prendere le misure necessarie per garantire una effettiva protezione delle persone sottoposte alla loro giurisdizione contro eventuali ingerenze provenienti da terzi (In riferimento all'articolo 2, *L.C.B. c. Regno Unito*, 1998; all'articolo 3, *Z. c. Regno Unito*; all'articolo 4 *Siliadin c. Francia*; all'articolo 5, *Storck c. Germania*; all'articolo 8, X e Y c. Paesi Bassi, (1985). Si tratta del c.d. "effetto orizzontale indiretto". Infine, oltre agli obblighi di rispetto e di protezione, sugli Stati incombe un ulteriore obbligo, ossia quello di garantire l'effettiva realizzazione dei diritti, al fine di rimuovere gli ostacoli che impediscono un effettivo godimento di questi.

Mentre l'eventuale accertamento della responsabilità dello Stato per violazione di un obbligo di non ingerenza (obbligo di rispetto) é un'operazione particolarmente agevole, più complesso é, invece, riuscire a garantire un controllo effettivo del rispetto degli obblighi positivi di protezione e realizzazione dei diritti fondamentali. Mentre i primi, come si è detto, costituiscono degli obblighi di risultato, i secondi implicano un'obbligazione di mezzi. Lo Stato, infatti, non é tenuto ad assicurare in termini assoluti il diritto alla vita o la tutela dell'integrità fisica in relazione a una qualunque aggressione proveniente da terzi. Un tale obbligo costituirebbe un'imposizione eccessiva, non potendo lo Stato essere considerato direttamente responsabile per atti di terzi o in relazione ad accadimenti naturali. Da una parte, la Corte prevede dunque che sorgano in capo allo Stato obblighi positivi di protezione anche in caso di aggressione al bene vita o integrità fisica provenienti da soggetti o fattori esterni all'apparato pubblico. Dall'altro, però, i giudici si preoccupano di fissare i limiti di tale responsabilità. Secondo il c.d. "*Osman test*", la Corte europea dovrà, dunque, accertare se "le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che il diritto alla vita o integrità fisica di uno o più individui erano minacciati dall'esistenza di un rischio reale e immediato e che le stesse non hanno preso, nel quadro dei loro poteri, le misure che, ragionevolmente, avrebbero potuto adottare al fine di ridurre questo rischio" (*Osman c. Regno Unito*, 1998). Affinché possa sorgere la responsabilità da parte dello Stato in caso di ingerenze provenienti da terzi o, in ogni caso, di natura esterna allo Stato stesso, devono sussistere i seguenti elementi:

- deve sussistere un rischio grave che minaccia la vita o l'integrità fisica di un individuo;
- il rischio deve essere reale e imminente;
- lo Stato deve essere a conoscenza, o dovrebbe esserlo, dell'esistenza di tale rischio.

Conseguentemente:

- lo Stato è dunque tenuto ad adottare tutte le misure che sono necessarie al fine di prevenire la concretizzazione del rischio
- le misure pretese devono essere concretamente esigibili da parte dello Stato, ossia devono rientrare tra i poteri effettivamente esercitati dalle autorità nazionali
- tali misure devono essere concretamente atte a ridurre la possibilità di concretizzazione del rischio

La Corte è tuttavia attenta a delimitare tale responsabilità al fine di evitare di imporre alle autorità statali un "fardello insopportabile o eccessivo". In primo luogo, tali obblighi positivi incontrano il limite dettato dal rispetto di altri articoli della CEDU, quali la libertà personale (art. 5 CEDU) e la stessa vita privata (art. 8); in secondo luogo, entrano in gioco i limiti imposti dalla scarsità di risorse umane e finanziarie a disposizione delle autorità nazionali e quindi dalla necessità di compiere delle scelte in termini di priorità di interesse da tutelare. Emerge, dunque, dalla struttura di tale 'test' che anche gli articoli 2 e 3, non bilanciabili con altri diritti previsti dalla CEDU se presi nel loro aspetto negativo (ossia rispetto al dovere di non ingerenza), se considerati nel loro aspetto positivo, perdono il loro carattere di assolutezza, potendo essere limitati e compressi da altri interessi contrapposti: entrano in gioco, come visto, non solo gli altri diritti CEDU, ma anche esigenze interne alla "macchina statale", quali la ristrettezza delle risorse umane e finanziarie.

La Corte ha, tuttavia, precisato che gli Stati, nel trovare soluzioni a problematiche di una certa rilevanza, implicanti un forte impatto sulle politiche economico-sociali, godono di un ampio margine di discrezionalità (il c.d. "margine di apprezzamento") (*James e altri c. Regno Unito*).

Come emerge dalle considerazioni appena svolte, nonostante sia lasciata, in certe materie, un'ampia discrezionalità allo Stato, la Corte obbliga gli Stati a giustificare le proprie scelte in termini di gestione delle risorse umane e finanziarie, nella determinazione delle priorità, in particolare verificando se il "nocciolo duro" dei diversi diritti CEDU sia stato garantito nel contemperamento dei diversi interessi coinvolti nel caso concreto.

6. *Gli obblighi positivi in materia sanitaria: i rapporti tra settore pubblico e settore privato*

Tali principi, enucleati sulla base della giurisprudenza della Corte, si possono considerare di generale applicabilità all'intero del sistema della Convenzione. Di conseguenza, la Corte ha stabilito che questi valgono anche per le problematiche connesse al settore della sanità pubblica (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, 2002; *Vo c. Francia*, 2004.).

Più in generale, la Corte ha sostenuto che gli atti e le omissioni delle autorità nel quadro delle politiche della sanità possono, in certe circostanze, comportare la responsabilità dello Stato in relazione all'articolo 2 CEDU (*Gheorghe c. Romania*, 2007; *Nitecki c. Polonia*, 2002) e dell'articolo 8 CEDU (*Pentiacova e altri c. Moldavia*, dec. 2005).

Il sistema della Convenzione non si oppone, in linea teorica, a che lo Stato decida di delegare ai privati la gestione di un bene pubblico come la sanità (per i rapporti nel quadro dell'ordinamento italiano tra gestione privata e pubblica dei servizi alla persona ed, in particolare modo, della sanità, si veda *infra*, cap. VIII).

Tuttavia, lo Stato è tenuto ad esercitare un ruolo di controllo stringente sulle attività svolte dai privati. Nella sentenza *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 2000 la Corte richiama il principio generale secondo il quale gli obblighi positivi implicano la creazione da parte dello Stato di un quadro regolamentare che imponga agli ospedali, indipendentemente dal fatto che siano pubblici o privati, l'adozione di misure tali da assicurare una protezione effettiva della vita e dell'integrità fisica e psichica. Gli obblighi positivi previsti dalla Convenzione impongono ugualmente l'obbligo di instaurare un sistema giudiziario efficace e indipendente, che permetta di stabilire le cause del decesso o delle gravi lesioni fisiche di un individuo che si trova sotto la responsabilità di un operatore professionale sanitario. Quest'ultimo, sia che agisca nel quadro del settore pubblico sia che lavori in strutture private dovrà rispondere dei propri atti fonte del danno grave alla vita o all'integrità di un individuo.

Con la sentenza *Storck c. Germania*, 2005, la Corte ha ulteriormente precisato, sotto il profilo dell'articolo 8, che, benché gli ospedali pubblici possano coesistere con le strutture private, sussiste in ogni caso l'obbligo dello Stato di riconoscere e garantire il diritto all'integrità fisica di ciascun individuo: lo Stato non può, dunque, deresponsabilizzarsi delegando i suoi compiti e doveri a organismi privati o a terze persone, ma deve esercitare una sorveglianza e un controllo sugli istituti privati. In particolare, gli istituti psichiatrici privati devono esser posti sotto il controllo costante di persone com-

petenti incaricati di verificare che gli internamenti e i trattamenti medici siano giustificati. Inoltre, in caso di mancato controllo, eventuali violazioni causate da istituti psichiatrici privati non possono essere riparate attraverso il semplice accertamento *ex post* di eventuali responsabilità della struttura o dei singoli operatori, la punizione dei responsabili o l'ottenimento del risarcimento del danno. Infatti, vista l'importanza che riveste il diritto alla libertà e l'integrità fisica, la Corte non ritiene che tali misure, di carattere retroattivo, possano fornire, di per sé, una protezione effettiva a persone vulnerabili.

7. (*segue*): *l'accesso gratuito alle cure sanitarie di base: la tutela della vita (articolo 2 CEDU)*

Si deve innanzitutto ribadire come la Corte europea, in coerenza con la struttura della CEDU, non riconosce, in quanto tale, il diritto (sociale) alla salute: la sua tutela deve sempre essere ricondotta all'incidenza su di uno dei diritti civili riconosciuti, che sia il diritto alla vita, al divieto dei trattamenti inumani e degradanti o al rispetto della vita privata. Per queste ragioni, la Corte ha esplicitamente escluso che la Convenzione riconosca un diritto, in quanto tale, alle cure mediche gratuite (*Pentiacova e altri*, cit.).

Nel caso *Makuc c. Slovenia* del 2007, ad esempio, il ricorrente aveva genericamente contestato che lo Stato non avrebbe ottemperato agli obblighi positivi derivanti dagli articoli 2 e 3 CEDU in quanto non avrebbe provveduto a garantire l'accesso gratuito alle cure mediche di base. Tuttavia, in assenza di qualunque prova da parte del ricorrente di una concreta lesione del suo diritto alla vita o all'integrità fisica o psichica avvenuta nei sei mesi precedenti la presentazione del ricorso [Uno dei criteri di ammissibilità al fine di considerare ricevibile un ricorso é, ai sensi dell'articolo 34 CEDU, il rispetto della regola che impone la presentazione delle doglianze di fronte alla Corte entro i sei mesi che seguono l'ultima decisione interna definitiva, o in assenza, il momento della violazione o della sua conoscibilità da parte del ricorrente], la Corte non ha potuto che considerare il ricorso inammissibile in quanto manifestamente infondato, non sussistendo un generico diritto all'accesso gratuito.

L'articolo 2 CEDU entra in gioco, invece, nel caso in cui il ricorrente riesca a provare che le autorità statali hanno messo in pericolo la vita di una persona rifiutando o omettendo di fornirgli le cure mediche che sono garantite genericamente all'insieme della popolazione. Gli elementi che emergono sono dunque due: da una parte, è necessario provare che l'assenza di cure comporti un rischio per la

vita del ricorrente; dall'altro, che le cure che sarebbero state necessarie rientrano tra quelle normalmente garantite a qualunque individuo. In relazione al primo elemento, la Corte ha rigettato diversi ricorsi in cui il ricorrente non è riuscito a dimostrare che la propria vita fosse stata messa in pericolo dall'assenza di uno specifico trattamento sanitario. A questo proposito si può citare l'*Affaire Cipro c. Turchia*, 2001 in cui la Corte ha riconosciuto per la prima volta tale principio. Lo Stato cipriota si lamentava dell'impossibilità per i cittadini ciprioti greci e maroniti di accedere a cure sanitarie essenziali a causa dell'occupazione da parte delle autorità turche. La Corte ha rigettato i ricorsi sostenendo che, benché effettivamente l'accesso alle cure fosse reso particolarmente difficoltoso, non era stato provato che la vita dei ricorrenti fosse per questo stata messa in pericolo.

Come si è visto, tuttavia, non è sufficiente provare l'esistenza di un pericolo per la vita, ma è necessario dimostrare che il trattamento richiesto è garantito alla generalità della popolazione. Nel caso *Gheorghe c. Romania*, 2005 il ricorrente, colpito da una tipologia di emofilia caratterizzata da un ritardo nella coagulazione da emorragie gravi, dovute al minimo trauma e necessitante la somministrazione di cure specifiche, si lamentava della sospensione del trattamento gratuito e preventivo per la cura dell'emofilia. La Corte ha tuttavia constatato che, nel caso di specie, lo Stato continuava a garantire gratuitamente tale trattamento in caso di emorragia e in regime di ospedalizzazione e le cure non sono mai state rifiutate durante le numerose ospedalizzazioni del ricorrente. Lo Stato aveva, quindi, garantito le cure che sono fornite a tutti coloro che sono colpiti da questa malattia. Per queste ragioni, la Corte, pur sottolineando la gravità delle condizioni di salute del ricorrente e deplorando l'assenza di un trattamento sanitario permanente che avrebbe potuto almeno contenere lo sviluppo della malattia, non ha potuto che considerare come manifestamente malfondato il ricorso in oggetto, giacché, in caso di risorse limitate, le scelte da compiere in termini di priorità sono principalmente di competenza delle autorità statali.

Nel caso, *Nitecki c. Polonia*, decisione del 2002, il ricorrente era affetto dalla sclerosi laterale amiotrofica e sosteneva che, benché avesse sempre pagato i contributi per la sicurezza sociale, alcuni medicinali salva-vita erano rimborsati solo fino al 70% del loro costo totale. Non avendo risorse sufficienti per coprire il restante 30%, il ricorrente contestava la responsabilità dello Stato per non avergli garantito l'accesso effettivo a delle cure necessarie per la sua sopravvivenza. La Corte europea, tenendo conto che il rimborso parziale era previsto in maniera generale per qualunque individuo necessitante cure sanitarie, ha ritenuto che un rimborso del 70% delle spese mediche co-

stituisse una misura sufficiente per ottemperare agli obblighi positivi imposti dall'articolo 2 CEDU.

8. (*segue*): *la tutela dell'integrità fisica (articolo 3 CEDU)*

Può essere inoltre interessante richiamare la recente sentenza *Denis Vasilyev c. Russia* del dicembre 2009, in cui la Corte, dopo aver ricordato alcuni principi generali in tema di protezione dell'integrità fisica e psichica delle persone particolarmente vulnerabili, ha affrontato il problema dell'assenza di cure adeguate ad un individuo necessitante cure urgenti. Nel caso di specie, la polizia russa era stata allertata in quanto un individuo, il ricorrente, era stato trovato di notte in mezzo alla strada privo di sensi in seguito ad un'aggressione. La polizia, arrivata sul posto dopo un'ora e mezza, credendo che il ricorrente fosse semplicemente ubriaco, lo lasciò sul marciapiede e accolse la chiamata di soccorso da parte di un'agenzia di sicurezza privata che segnalava l'attivazione di una sirena d'allarme di un'abitazione. Il mattino seguente, essendo il ricorrente stato ritrovato sulla strada ancora in uno stato di incoscienza, fu portato in ospedale. Dopo essergli stato diagnosticato un'intossicazione da alcool, fu lasciato per più di ventiquattro ore su una barella in un corridoio, ancora in stato di incoscienza e svestito. Nove ore più tardi, visto l'aggravarsi del suo stato di salute, fu operato d'urgenza. Caduto in coma, subì, per due anni, numerose operazioni e successivamente gli fu diagnosticata una invalidità di secondo grado.

In via di principio, la Corte ricorda che secondo la sua consolidata giurisprudenza, l'articolo 3 impone agli Stati il dovere di proteggere il benessere fisico delle persone che si trovano in uno stato di vulnerabilità in quanto sono, ad esempio, sotto il controllo delle autorità (per esempio in stato di detenzione: *Chember c. Russia*, 2008; *Jalloh c. Germany*, 2006; *Mouisel c. France*, 2002). Tuttavia, vista la natura assoluta della protezione offerta da questo articolo, tale dovere di protezione deve estendersi anche alle situazioni in cui il benessere fisico dipende, in maniera determinante, dall'azione delle autorità statali, le quali sono legalmente tenute ad assumere le misure che sono in loro potere e che possono essere necessarie per impedire il concretizzarsi del rischio di lesione al diritto alla vita o all'integrità fisica o psichica. Applicando i principi generali sopra indicati, la Corte (*Denis Vasilyev c. Russia*, 2009) ha stabilito che dal momento in cui la polizia è stata allertata e si è recata sul posto trovando il ricorrente in stato di incoscienza, la situazione si doveva considerare sotto il controllo delle autorità statali, con l'insorgere quindi dell'obbligo di

adottare tutte le misure necessarie per impedire ulteriori danni alla vita e all'integrità fisica del ricorrente.

Nel caso di specie la Russia è stata ritenuta responsabile, in particolare, di una duplice violazione: da una parte, la Corte ha ritenuto che la polizia locale non avesse fatto tutto ciò che era necessario e in suo potere per proteggere il ricorrente, concedendo la priorità alla tutela della proprietà rispetto a quella della vita; dall'altra, ha considerato che l'assenza di cure essenziali per i primi due giorni di ricovero in ospedale avesse contribuito (sebbene non direttamente causato) a determinare un decorso negativo del grave stato di salute in cui il ricorrente già versava. Tutto ciò costituisce una grave mancanza rispetto agli obblighi positivi che incombono sullo Stato e, più in particolare, sugli istituti ospedalieri.

#### 9. (segue): la tutela della qualità della vita (articolo 8 CEDU)

Grazie all'interpretazione estensiva dell'articolo 8 CEDU, che, come abbiamo visto, include anche il diritto a una certa qualità della vita, la Corte ha fissato il principio secondo il quale l'articolo 8 può entrare in gioco anche in rapporto a ricorsi che concernono la gestione dei finanziamenti pubblici aventi come scopo quello di facilitare la mobilità e qualità della vita delle persone affette da handicap (*Pentiacova e altri*). L'articolo 8 CEDU si applica, dunque, ai casi in cui un insufficiente finanziamento di trattamenti sanitari comporta delle sensibili ricadute sulla qualità della vita di determinati soggetti.

Nella decisione *Pentiacova*, i ricorrenti, sofferenti di un'insufficienza renale cronica, devono ricorrere all'emodialisi. Essi sostengono che lo Stato, pur coprendo una gran parte dei costi e garantendo loro un assegno d'invalidità, non garantisce una copertura gratuita totale del trattamento. La Corte deve quindi affrontare il tema legato all'insufficienza del finanziamento pubblico al fine di coprire interamente il trattamento sanitario di cui i ricorrenti necessitano. In questa decisione, i giudici di Strasburgo definiscono con chiarezza gli interessi in gioco e fissano i criteri necessari per conferire un certo grado di giustiziabilità a tali diritti. A tal fine, la Corte richiama l'"*Osman test*": in termini generali, in relazione a questioni concernenti la scelta delle priorità rispetto alla gestione di risorse economiche e umane limitate, il margine di apprezzamento delle autorità nazionali è particolarmente ampio. La Corte stabilisce che, in principio, lo Stato è meglio piazzato rispetto ad un organismo internazionale, quale la Corte, per risolvere il conflitto che sorge tra la forte domanda di cure a cui è sottoposto il regime sanitario e la limitatezza

dei fondi a disposizione per rispondere a tale richiesta. Nel caso di specie, la richiesta dei ricorrenti comporta una domanda di fondi ulteriori che, data la scarsità delle risorse disponibili, dovrebbero essere distratti dalla copertura di altri bisogni. La Corte non nega che sarebbe preferibile garantire a chiunque l'accesso a una serie completa di trattamenti sanitari, tuttavia, non può che prendere atto del fatto che gli Stati si trovano nell'impossibilità di fornire un tale accesso generalizzato, soprattutto quando le cure richieste sono permanenti e onerose. Nel caso di specie, poi, i ricorrenti godevano dei trattamenti di base che erano offerti all'insieme della popolazione e, in ogni caso, in seguito ad una riforma della sanità, ebbero accesso ad un trattamento praticamente completo. La Corte, quindi, tenendo conto dei servizi garantiti e delle riforme adottate dallo Stato, non può che stabilire che le autorità nazionali ebbero ottemperato agli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 CEDU.

Nel caso *Sentges c. Paesi Bassi* del 2003, il ricorrente, colpito da distrofia muscolare, non è in grado di svolgere una vita in maniera autonoma. Il progressiva degenerare dell'apparato muscolare gli impedisce di svolgere le più elementari attività. Lo Stato ha fornito una sedia a rotelle adattata a specifiche caratteristiche del ricorrente. Lo stesso ricorrente tuttavia aveva fatto richiesta per un braccio robotico che gli avrebbe permesso di migliorare la sua qualità di vita rendendolo maggiormente indipendente. Tenendo conto della necessità di bilanciare l'interesse della collettività e quello dell'individuo, della scarsità dei fondi a disposizione e della necessità di compiere delle scelte in termini di priorità, la Corte ha ritenuto che lo Stato non potesse considerarsi responsabile della violazione dell'articolo 8. Essa ha infatti constatato che il ricorrente, oltre ad aver ottenuto una sedia a rotelle con particolari adattamenti, godeva dei benefici e assistenza standard offerta alla generalità della popolazione. La Corte, senza voler sottostimare le difficoltà a cui è sottoposto il ricorrente in termini di compressione della propria autonomia personale e della possibilità di stabilire e sviluppare rapporti con altri individui, rigetta il ricorso ritenendo sufficienti le misure adottate dallo Stato.

10. (segue): *la qualità della vita delle persone affette da handicap e adeguatezza delle strutture e servizi offerti*

Richiamando il principio secondo il quale l'articolo 8 entra in gioco in relazione a ricorsi concernenti il « *financement public destiné à favoriser la mobilité et la qualité de vie de requérants handicapés* » (*Molka c. Polonia; Marzari c. Italia*, dec. 1999; *Maggiolini c. Italia*,

dec. 2000; *Sentges c. Paesi Bassi*, dec. 2003, e *Pentiacova e altri c. Moldavia*, dec. 2005), la Corte stabilisce il principio generale secondo il quale il godimento effettivo, da parte delle persone disabili, di numerosi diritti garantiti dalla Convenzione può esigere da parte delle autorità statali delle misure specifiche, tenuto conto dell'importanza del diritto alla piena partecipazione di tali persone alla vita della società, interesse che emerge ugualmente in molteplici testi adottati dal Consiglio d'Europa (*Huc c. Romania e Germania*, 2009 *Molka c. Polonia*, 2006; sull'estensione nell'ordinamento italiano del concetto di protezione della salute ad interventi di tutela di persone in stato di bisogno e di difficoltà, si veda *supra*, cap. IV).

La Corte ha affrontato per la prima volta la problematica nel caso *Botta c. Italia*, 1998. In tale circostanza, il ricorrente, disabile, si lamentava dell'assenza di misure positive adottate dallo Stato per imporre ad uno stabilimento balneare privato del Comacchio di prevedere bagni e una passerella d'accesso al mare attrezzati per persone affette da handicap.

La Corte richiama una prima condizione di applicabilità, in relazione agli obblighi positivi, dell'articolo 8 CEDU: tali obblighi sussistono se il ricorrente riesce a dimostrare il legame diretto e immediato tra, da una parte, le misure positive pretese e, dall'altra, la tutela della sua vita privata e/o familiare. In questa occasione la Corte ha rigettato il ricorso ritenendo che il diritto rivendicato dal ricorrente riguardasse un concetto di relazioni interpersonali di un contenuto talmente ampio e indeterminato da escludere quindi un legame diretto tra le misure richieste allo Stato per rimediare alle omissioni dello stabilimento privato e una sensibile ingerenza nella vita privata dell'interessato.

In seguito, i giudici di Strasburgo hanno ribadito e chiarito il limite degli obblighi positivi stabilendo che l'articolo 8 non si applica in maniera generale tutte le volte in cui la vita quotidiana di un ricorrente è in discussione, ma solo nei casi eccezionali in cui la mancanza di accesso agli stabilimenti pubblici e aperti al pubblico impediscono loro di condurre la vita in maniera tale che il diritto allo sviluppo personale e al diritto di stabilire e intrattenere delle relazioni con gli altri esseri umani e il mondo esterno risultino compromessi (*Zehmalova e Zehnal c. Repubblica ceca*, 2002). A partire da tale limite la Corte fissa però l'estensione del correlativo obbligo per lo Stato: ogni volta infatti che tale legame è provato, scatta, in capo allo Stato, un obbligo positivo di assicurare l'accesso agli stabilimenti pubblici o aperti al pubblico. Nel caso specifico, *Zehmalova e Zehnal*, i ricorrenti si lamentavano in maniera generica dell'assenza in numerosi luoghi pubblici di strutture adeguate per l'accesso di persone di-

sabili. Proprio a motivo di tale genericità dell'allegazione, la Corte ha manifestato i propri dubbi in relazione all'effettivo uso quotidiano da parte dei ricorrenti di tutte le strutture denunciate. Inoltre, si è evidenziato come i ricorrenti, non avendo specificato concretamente quali fossero gli ostacoli di cui si lamentavano, non fossero riusciti a provare non solo una reale ingerenza nella loro vita privata ma soprattutto a dimostrare il legame speciale tra l'impossibilità di accedere alle strutture contestate e i bisogni particolari derivanti dalla tutela della vita privata. Anche in questo *affaire* la Corte ha escluso l'applicabilità dell'articolo 8.

Tali principi sono poi stati ribaditi anche in materia di diritto alla casa per persone disabili.

Nei due casi che si citano, i ricorrenti, disabili, non pretendevano un generico diritto alla casa, ma una sistemazione che fosse adeguata alle loro esigenze. Se da una parte la Corte stabilisce che l'articolo 8 CEDU non garantisce in quanto tale un diritto ad ottenere da parte delle autorità una casa, dall'altra riconosce che il rifiuto da parte delle autorità di garantire l'assistenza ad un individuo sofferente di gravi malattie può, in certe circostanze, porre un problema sotto l'angolo della tutela della vita privata (*Marzari c. Italia*, 1999), sempre che sia provato il legame diretto e immediato tra le misure pretese e la vita privata del ricorrente (*Botta c. Italia*, 1998).

Nel caso *Marzari*, la Corte rigetta il ricorso in quanto ha valutato che gli sforzi effettuati dalla Provincia di Trento per garantire assistenza al ricorrente fossero sufficienti: la stessa Provincia infatti ha istituito una Commissione speciale incaricata di studiare la situazione del ricorrente e di trovare una specifica sistemazione che fosse adatta alle sue esigenze. Tuttavia, il ricorrente, giudicando inadatta tale sistemazione, rifiutò l'offerta della Provincia. La Corte, non potendo effettuare una valutazione autonoma rispetto a quella effettuata dalla Commissione tecnica sulla adeguatezza dell'appartamento assegnato, ha ritenuto che l'organo nazionale avesse ottemperato a tutti gli obblighi derivanti dall'articolo 8. Similmente, la Corte ha ritenuto manifestamente malfondato il ricorso *Maggiolini c. Italia*, 2000 in cui il comune di Siracusa aveva assegnato un appartamento liberamente scelto dalla ricorrente, e non manifestamente inadatto alle sue condizioni fisiche. Tuttavia, a causa di frequenti problemi di funzionamento dell'ascensore la ricorrente riteneva che l'appartamento fosse divenuto inadatto. Tenendo conto del fatto che, inoltre, la ricorrente avrebbe in ogni caso potuto richiedere un appartamento alternativo, il che non è avvenuto, la Corte ha stabilito che il comune ha fatto tutti gli sforzi necessari per tutelare la vita privata della ricorrente.

Infine, può essere interessante richiamare il già citato caso *Huc c.*

*Romania e Germania.* In questo caso, oltre alla lagnanza sotto l'angolo dell'articolo 2 CEDU, il ricorrente aveva sollevato un'ulteriore questione relativa all'articolo 8: una persona affetta da disturbi psichiatrici pretendeva dallo Stato un programma sociale più adeguato alle sue esigenze.

Benché il ricorso fosse formulato in termini alquanto generici, la Corte, in maniera sorprendente ma significativa (in termini di un'evoluzione della sua giurisprudenza in un senso di estensione della protezione della vita privata) ha respinto l'eccezione del Governo che sosteneva, similmente ai casi *Botta e Zehnalova*, l'inapplicabilità dell'articolo 8, tenuto conto dell'assenza del legame di causalità tra i fatti allegati e le conseguenze sulla sua vita privata. Al contrario, la Corte, richiamando i principi stabiliti nelle sentenze, tra le tante, *Marzari e Molka*, ha ritenuto l'articolo 8 applicabile. I giudici ribadiscono, da una parte, come sarebbe preferibile che le persone colpite da un handicap potessero beneficiare di un novero di misure rispondenti alle loro esigenze; dall'altra sottolineano l'esistenza di un ampio margine di discrezionalità delle autorità nazionali in simili questioni, in quanto la richiesta di un programma sociale maggiormente adattato alla esigenze del ricorrente comporta un impatto notevole sulla gestione delle risorse pubbliche e sulle scelte in termini di priorità da adottare da parte dello Stato. In ogni caso, nel valutare un corretto bilanciamento tra interessi contrapposti, lo Stato deve garantire un giusto equilibrio tra l'interesse dell'individuo e quello della società. Poiché tale bilanciamento è richiesto dalla stessa Convenzione, sarà la Corte a valutare se, nel caso di specie, le autorità lo hanno correttamente concretizzato. A questo proposito la Corte constata che il ricorrente beneficia di tutta una serie di prestazioni e aiuti sociali. Egli percepisce delle indennità a titolo permanente così come gode di altre misure di protezione previste dalla legislazione, tra le quali si può annoverare la gratuità dei servizi sanitari. Infine, ottiene l'aiuto di istituti specializzati nell'assistenza a persone con handicap. Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali hanno ottemperato agli obblighi positivi imposti dalla Convenzione.

#### 11. *Condizione di estrema di povertà, livello minimo di sostentamento e tutela dell'integrità fisica e psichica*

In tre recenti decisioni la Corte ha preso in considerazione, in particolare in relazione all'articolo 3 CEDU, se e in che termini una condizione di estrema indigenza possa comportare un obbligo positivo da parte dello Stato di tutela effettiva dell'integrità fisica e psichica.

In una prima decisione, *Larioshina c. Russia*, 2002, la ricorrente si lamentava, sotto il profilo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (tutela della proprietà), delle condizioni di povertà in cui si trovava a causa del livello particolarmente basso della sua pensione di vecchiaia e dunque dell'insufficienza di quest'ultima per mantenere un dignitoso standard di vita.

La Corte europea, invece di rigettare semplicemente la doglianza in quanto incompatibile *ratione materiae*, ha riqualificato autonomamente il *grief* sotto il profilo dell'articolo 3 CEDU, sostenendo che un insufficiente livello della pensione o di altri sussidi sociali può, in principio, sollevare una questione in relazione a tale articolo che proibisce i trattamenti inumani e degradanti. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto che, tenuto conto dell'ammontare complessivo della pensione e di altri sussidi di cui la ricorrente beneficia, essa non potesse aver subito un danno fisico o mentale tale da superare la soglia minima di gravità prevista dall'articolo 3.

Nel caso *Budina c. Russia*, 2009, la ricorrente aveva sollevato un *grief* del tutto simile a quello analizzato nell'*affaire Larioshina*. In questa occasione, la Corte ha ampliato il ragionamento abbozzato nella precedente decisione sottolineando come non si possa escludere che la responsabilità dello Stato possa sorgere nel caso in cui un individuo che si trova in una situazione di indigenza tale da risultare incompatibile con la dignità umana faccia fronte all'indifferenza delle autorità nazionali dalle quali, per contro, la vita della stessa ricorrente dipende. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha constatato che il livello della pensione garantito dallo Stato era sufficiente per pagare i costi della casa, cibo e igiene personale, ma non i vestiti e beni diversi da quelli alimentari. Alla ricorrente è stato, inoltre, riconosciuto il diritto ad accedere alle cure sanitarie gratuite di base. In conclusione, benché la situazione sia particolarmente difficile, la Corte ritiene che il sostegno offerto dallo Stato è sufficiente per tutelare la ricorrente da una situazione di degrado incompatibile con la dignità umana.

Infine, è interessante richiamare il caso *Huc c. Romania e Germania*, 2009. Il ricorrente, affetto da problemi psichiatrici, si lamentava delle scarse risorse economiche a sua disposizione e dell'assenza, per un certo periodo, del riscaldamento nel proprio appartamento. Tuttavia, anche in questa occasione il ricorso è stato respinto, in quanto si è ritenuto che il ricorrente non avesse provato l'esistenza di eventuali conseguenze nefaste sul suo stato di salute psichica e mentale dovute all'insufficienza di risorse economiche e all'assenza di riscaldamento.

In conclusione, si può sottolineare come la Corte abbia comin-

ciato, in particolare grazie alla sua giurisprudenza più recente, a riconoscere l'applicabilità della CEDU al diritto (sociale) alla salute, allargandolo, in seguito, alla tutela della qualità della vita e al concetto di benessere. In termini di giustiziabilità di tali diritti, poi, si deve riconoscere che la Corte concede alle autorità nazionali un'ampia discrezionalità nelle scelte delle priorità e gestione dei fondi. Vista la delicatezza e sensibilità anche politica della materia, tale approccio particolarmente prudente è comprensibile. Tuttavia, la Corte non rinuncia a esercitare un controllo concreto sulle scelte delle autorità nazionali, verificando che un livello minimo di tutela sia in ogni caso assicurato. Inoltre, è importante, in particolare in vista di possibili futuri sviluppi della giurisprudenza, che la Corte abbia cercato di fissare dei criteri sulla base dei quali valutare la correttezza dell'azione pubblica. L'applicazione e l'adattamento alle esigenze di tutela di un diritto classicamente sociale, come il diritto alla salute, di criteri che ormai da più di un decennio (a partire dalla citata sentenza *Osman*) la Corte utilizza per definire gli obblighi positivi relativi ai diritti civili (ad esempio, vita privata) è sicuramente un passo avanti al fine di garantire una maggiore giustiziabilità ai diritti sociali.

### Bibliografia

- F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires de France 2009;
- J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007;
- D.J. HARRIS, M. O' BOYLE, E.P. BATES e C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009;
- S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001
- E. KOCH, *Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2009;
- A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, 2004.

### Indice delle principali pronunce richiamate

- Budina c. Russie (déc.), n° 45603/05, CEDH 2009-...
- Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I
- Chember v. Russia, no. 7188/03, § 50, 3 July 2008;

- c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III  
 Denis Vassiliev c. Russie, no 32704/04, 17 décembre 2009  
 Fadeïeva c. Russie, n° 55723/00, CEDH 2005-IV  
 Friedl c. Autriche, 31 janvier 1995, série A n° 305-B  
 Gheorghe c. Roumanie, n° 19215/04, CEDH 2007-III (extraits)  
 G.N. et autres c. Italie, n° 43134/05, 1 décembre 2009  
 Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2), n° 26740/02,  
 31 mai 2007  
 Hornsby c. Grèce, 19 mars 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II  
 Huc c. Roumanie et Allemagne, n° 7269/05, 1 décembre 2009 c. Finlande,  
 n° 20511/03, 17 juillet 2008  
 Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, § 69, ECHR 2006-IX,  
 Juhnke c. Turquie, n° 52515/99, 13 mai 2008  
 Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, CEDH 2001-III  
 L.C.B. c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III  
 Larioshina c. Russie, 56869/00, 23 mai 2002  
 López Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-C  
 Maggiolini c. Italia (dec.), n° 35800/97, 13 gennaio 2000;  
 Maiorano et autres c. Italie, n° 28634/06, 15 décembre 2009  
 Makaratzis c. Grèce [GC], n° 50385/99, CEDH 2004-XI  
 Marzari c. Italie (déc.), n° 36448/97, 4 mai 1999  
 Mastromatteo c. Italie [GC], n° 37703/97, CEDH 2002-VIII  
 McCann e altri c. Regno Unito, 27 settembre 1995, série A n° 324  
 Mouisel v. France, no. 67263/01, § 40, ECHR 2002-IX  
 Nitecki c. Pologne (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002  
 Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions  
 1998-VIII  
 Pentiacova e altri c. Moldavia (dec.), n° 14462/03, 2005-I  
 Pretty c. Regno Unito, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
 Scordino c. Italie (n° 1) [GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V  
 Scozzari et Giunta c. Italie [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, CEDH 2000-VIII  
 Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V  
 Sentges c. Paesi Bassi (dec.), n° 27677/02, 8 luglio 2003  
 Siliadin c. France, n° 73316/01, CEDH 2005-VII  
 Storck c. Allemagne, n° 61603/00, CEDH 2005-V  
 Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26  
 Zehnalová et Zehnal c. République tchèque (déc.), n° 38621/97, CEDH 2002-V  
 Wainwright c. Royaume-Uni, n° 12350/04, CEDH 2006-X  
 X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A n° 91

## Capitolo VI

### *I diritti sociali all'assistenza e alla salute come diritti di credito alle prestazioni di pubblico servizio*

di Barbara Gagliardi

SOMMARIO: 1. I diritti di credito degli utenti alle prestazioni di assistenza sanitaria e sociale. – 2. L'inadempimento del gestore di servizio pubblico di assistenza sanitaria. – 3. La responsabilità da inadempimento nelle prestazioni di servizio sociale e l'azione di rivalsa verso i familiari.

#### *1. I diritti di credito degli utenti alle prestazioni di assistenza sanitaria e sociale*

L'affermazione di un diritto di credito degli utenti alle prestazioni sanitarie e di assistenza sociale completa senza contraddirlo il carattere fondamentale e assoluto dei diritti alla salute e all'assistenza sociale (artt. 32 e 38 Cost.; v. *supra* cap. II e *infra* cap. VII).

Si è evidenziato come tradizionalmente le trattazioni sui servizi pubblici abbiano dedicato un'attenzione prevalente alla definizione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e gestori, ritenendo apparentemente di minor interesse la posizione giuridica degli utenti, pur non mancando chi – già in epoca risalente – ne riconosceva la legittimazione ad agire nei confronti dei concessionari per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (R. CAVALLO PERIN, 1998, 45 ss. e spec. nt. 17).

Si è detto che il diritto di credito sorge direttamente dalla determinazione, con atto normativo o amministrativo, del "programma di servizio pubblico", cioè dell'atto con cui l'amministrazione titolare del servizio ne stabilisce le caratteristiche e più precisamente l'oggetto delle prestazioni, i relativi standard di qualità, i ritmi di erogazione e i criteri di individuazione dei beneficiari.

Il diritto di credito così definito è esigibile anche ove non sia stata ancora prescelta la forma di gestione del servizio o individuato in concreto il concessionario, il che vale a dire che l'ordinamento giuridico riconosce all'utente una pretesa tutelata a che l'amministrazione provveda in concreto a tali determinazioni.

In materia sanitaria il diritto di credito è individuato nei suoi ele-

menti essenziali dalla disciplina legislativa sul Servizio sanitario nazionale e dai piani sanitari nazionale e regionali (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, artt. 1), che definiscono le prestazioni erogate per il tramite dei presidi gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, dalle aziende ospedaliere, universitarie, dagli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico o dai soggetti privati accreditati con cui siano stati conclusi appositi accordi contrattuali. Si concorre così ad assicurare l'effettività del diritto di libera scelta dei cittadini al «medico e al luogo di cura», seppur «nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari» e in particolare entro il limite massimo di assistiti per medico ed entro le disponibilità delle singole strutture (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., artt. 8 e ss.; l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 19, co. 2°; v. R. CAVALLO PERIN, 2006, 608-609; M. CONSITO, 2009, 31 ss.; C.M. D'ARRIGO, 2001, 1027-1028; Corte cost., 10 novembre 1982, n. 175; T.a.r. Piemonte, sez. II, 11 giugno 2007, n. 2561).

La scelta del medico di fiducia, così come l'accesso ai servizi di assistenza specialistica, infermieristica e pediatrica deve avvenire nel comune di residenza del «cittadino», salvo « motivate ragioni, casi di urgenza o di temporanea dimora » che ne legittimino l'erogazione in luoghi diversi (l. n. 833 del 1978, cit., art. 19, co. 2° e 3°, art. 25, co. 2°, 3° e 4°).

Il collegamento tra la titolarità del diritto di credito alle prestazioni sanitarie e la qualità di residente ha consentito di ritenerlo uno dei contenuti propri dello *status* di «cittadinanza amministrativa» (R. CAVALLO PERIN, 2004, 201 ss.), con cui si richiama il rapporto di appartenenza agli enti territoriali che hanno assunto la titolarità dei servizi in risposta ad una domanda espressa dalla popolazione stabilmente residente (R. CAVALLO PERIN, 2006, 6). Tale appartenenza fonda contemporaneamente il diritto di partecipare alla definizione dei contenuti dei programmi di servizio pubblico, anche per il tramite di associazioni di tutela dei diritti degli utenti e organizzazioni di volontariato, cui sono a tal fine concessi spazi all'interno delle aziende sanitarie locali e ospedaliere e che devono essere coinvolte nella rilevazione della qualità percepita (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 14; d.P.C.M. 19 maggio 1995, all. 1, *Carta dei servizi pubblici sanitari*, art. 3.4; R. CAVALLO PERIN, 1998, 44; ID., 2006, 607-608).

La prestazione è esigibile dall'utente munito di prescrizione del medico di base secondo i requisiti *ex lege* – utilizzazione di ricettari distribuiti dalle aziende sanitarie locali conformi al modello ministeriale a lettura ottica (d.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 8 bis, co. 2°; d.l. 30 settembre 2003, n. 269, art. 50, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326) – e previa prenotazione presso il Centro incaricato dell'Asl, elementi che costituiscono entrambi condizioni sospensive della presta-

zione o requisiti di legittimazione alla sua fruizione (M. CONSITO, 2009, 36). Fanno eccezione gli interventi di urgenza in regime di pronto soccorso (v. d.P.R. 27 marzo 1992, *Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di emergenza*) e le visite specialistiche di odontoiatria, ostetricia e ginecologia, pediatria, psichiatria e oculistica, per le quali non è necessaria la richiesta del medico (d.P.C.M. 19 maggio 1995, all. 1, *Carta dei servizi pubblici sanitari*, art. 5).

La prescrizione rileva inoltre ai fini dell'esatta individuazione della prestazione e identifica il credito delle strutture di erogazione nei confronti del Servizio sanitario nazionale, poiché si esclude che esse ne possano sindacare o modificare i contenuti (Cass., sez. lav., 12 febbraio 2008, n. 3312; Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2005, n. 84; cfr. Cons. St., sez. V, 10 marzo 2009, n. 1376).

Talora l'erogazione è subordinata al pagamento – preventivo – di una «quota limitata di spesa» (“ticket”) che si è ritenuta utile a «promuovere la consapevolezza del costo delle prestazioni rese» e comunque non incompatibile con il principio di universalità delle stesse (l. n. 833 del 1978, cit., art. 1; Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 43; S. MARZOT, 2008, 7), attesa la sua differenziazione in ragione del reddito e l'esenzione per talune categorie di prestazioni al fine di «garantire l'accesso all'assistenza sanitaria di base» e di «assicurare il ricorso all'assistenza ospedaliera ogniqualvolta il trattamento in regime di ricovero ordinario risulti appropriato rispetto alle specifiche condizioni di salute»: diagnostica strumentale e di laboratorio inclusa in programmi di diagnosi precoce e prevenzione collettiva, od obbligatoria per legge, o in caso di situazioni epidemiche, o finalizzata all'avviamento al lavoro; prestazioni di medicina generale e di pediatria; trattamenti erogati nel corso di ricovero ospedaliero in regime ordinario e prestazioni strettamente e direttamente correlate al ricovero stesso, o ancora altre prestazioni «erogate a fronte di condizioni di interesse sociale» e finalizzate alla tutela della maternità, alla prevenzione della diffusione dell'infezione da HIV a favore di soggetti appartenenti a categorie a rischio, alla promozione delle donazioni di sangue, organi e tessuti; alla tutela di soggetti danneggiati da complicanze irreversibili a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati e alcuni vaccini non obbligatori (d.lgs. 29 aprile 1998, n. 124, art. 1; H. CAROLI CASAVOLA, 2004, 129 ss.).

Analogamente il diritto di credito alle prestazioni di assistenza sociale ha fonte direttamente nella legge e nei correlati atti amministrativi di pianificazione, quali il piano nazionale, i piani regionali e i piani di zona degli interventi e dei servizi sociali (l. 8 novembre

2000, n. 328, artt. 18 e 19), i quali configurano un'obbligazione direttamente esigibile nei confronti dei gestori.

La gestione del servizio può essere affidata a organizzazioni pubbliche o private accreditate, anche del c.d. terzo settore: organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di patronato, che insieme concorrono alla garanzia del diritto di scelta degli utenti (l. n. 328 del 2000, cit., art. 1, co. 4° e 5°, art. 3, co. 4°; d.P.C.M. 21 dicembre 1995, *Schema generale di riferimento per la predisposizione delle «Carte dei servizi pubblici del settore previdenziale e assistenziale»*, all., parte 2.1; v. *infra* cap. VIII).

Anche per le prestazioni di servizio sociale il criterio della residenza assume rilevanza prevalente: così è posta a carico del comune di residenza l'«eventuale integrazione economica» delle rette di degenza nel caso di ricovero stabile presso strutture residenziali, ove il criterio ha sostituito quello previgente del domicilio di soccorso, già identificato in via alternativa e sussidiaria nel comune di dimora almeno biennale, di nascita e di domicilio (l. n. 328 del 2000, cit., art. 6, co. 4° e art. 30, che abroga la l. 17 luglio 1890, n. 6972, art. 72; in tema: Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 3; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3439; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6300; T.a.r. Puglia, sez. I, 26 marzo 2009, n. 678; T.a.r. Veneto, sez. III, 20 aprile 2005, n. 1639; T.a.r. Lombardia, sez. III, 20 aprile 2006, n. 404; Id., sez. I, 28 febbraio 2005, n. 468; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 4 dicembre 2004, n. 709; sull'identificazione del domicilio di soccorso ai sensi della disciplina previgente per tutte: Cons. giust. amm. Reg. Sic., 9 ottobre 2007, n. 945; Cons. St., sez. IV, 30 aprile 1999, n. 751). Talora è la legislazione regionale a porre a carico del comune di residenza anagrafica tutti gli «oneri relativi agli interventi socio-assistenziali» (l.r. Piemonte, 8 gennaio 2004, n. 1, art. 39, co. 1°; l.r. Lombardia, 12 marzo 2008, n. 3, art. 8, co. 4° e 5°; l.r. Friuli Venezia Giulia, 31 marzo 2006, n. 6, art. 4, co. 4°).

Tra le prestazioni sociali vincolate o riconosciute prioritariamente in ragione della residenza si annovera inoltre l'edilizia residenziale pubblica (Del. Cipe 13 marzo 1995, all. 3, lett. B; G.M. RACCA, 2009, 5419 ss.); nello stesso senso può richiamarsi il trasporto scolastico, che è fruibile dagli «alunni o bambini *abitanti* nel territorio» del comune titolare del servizio e «frequentanti le scuole» ivi localizzate, oltre che dai bambini abitanti nel comune ma costretti a frequentare scuole site altrove per l'assenza di scuole corrispondenti e dai bambini abitanti in comuni convenzionati con quello titolare del servizio (d.m. 31 gennaio 1997, art. 3); infine gli asili nido, per i quali sono i regolamenti comunali a disporre normalmente in tal senso (M. CON-

SITO, 2009, 5244; contraria: T.a.r. Lazio, sez. II, 14 ottobre 2005, n. 8630; cfr. anche l. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 70).

2. *La responsabilità per inadempimento del gestore di servizio pubblico di assistenza sanitaria*

La violazione del diritto di credito dell'utente alle prestazioni sanitarie configura una responsabilità per inadempimento azionabile direttamente nei confronti del gestore del servizio (art. 1218 c.c.; Cass., sez. III, 19 aprile 2006, nn. 9085 e 9086; Cass., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; Cass., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001; Cass., sez. III, 11 maggio 2002, n. 3492; Cass., sez. un., 9 luglio 2002, n. 9556). Per l'individuazione del rapporto obbligatorio è ricorrente il riferimento al "contratto di ospedalità" che sarebbe stipulato tacitamente dall'utente con l'accettazione nella struttura e la cui prova potrebbe essere desunta anche da «comportamenti concludenti» (v. *supra* cap. I), purché ne costituiscano oggetto le sole prestazioni fornite normalmente, con indice nell'imputazione del relativo costo al Servizio sanitario nazionale. Fra le altre sono state ritenute estranee al rapporto le prestazioni «ad elevata componente estetica» (Cass., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826).

L'inadempimento dell'obbligazione – fondata direttamente sul programma di servizio pubblico – determina innanzi tutto la diretta responsabilità del sanitario per i danni causati al paziente, la quale si estende alla struttura ospedaliera di cui questi è dipendente ai sensi della disciplina costituzionale (art. 28) e in ragione del principio di immedesimazione organica (per tutte: Cass., sez. III, 1° marzo 1988, n. 2144; Cass., sez. III, 1° settembre 1999, n. 9198). Taluno fonda la responsabilità del medico sul «contatto sociale» che si instaura tra questi e il paziente, ritenuto idoneo a ingenerare un affidamento qualificato nel secondo e a costituire un rapporto contrattuale di fatto (per tutti si vedano: Cass., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589; C. GARUFI, 2009, 2, 383; A. SPANGARO, 2007, 11, 2322 ss.; esprimono perplessità: A. BERTOCCHI, 2004, 178-179; M. GORGONI, 2008, 856 ss., spec. nt. 38).

Si perviene in tal modo ad una qualificazione omogenea della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, entrambe fondate sull'inadempimento dell'obbligazione posta dalla legge e dagli atti amministrativi di pianificazione e programmazione (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., sez. III, 2 aprile 2009, n. 8093), o secondo altre ricostruzioni dal contratto di ospedalità per l'una e dal contatto sociale per l'altro, o per questi ancora dal contratto di im-

piego stipulato con la struttura sanitaria, che avrebbe «effetti protettivi a favore di terzo» (il paziente) o dalla sussistenza in capo ad entrambi di un'«obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta» (Trib. Roma, sez. XIII, 5 maggio 2007; C. AMODIO, 2003, 1179-1180) o dall'individuazione in capo al medico di un'«obbligazione senza prestazione», consistente nell'obbligo di «preservare la sfera giuridica del malato» (A. CIATTI, 2002, 40).

È così superata l'impostazione previgente, incentrata sul “concorso improprio” della responsabilità aquiliana del medico (art. 2043 c.c.) e di quella da inadempimento della struttura ospedaliera (art. 1218 c.c.), a beneficio di una distribuzione dell'onere della prova di maggior favore per il paziente: il regime della responsabilità per inadempimento impone infatti l'allegazione da parte del creditore dell'esistenza del rapporto obbligatorio e della condotta inadempiente, nella specie identificata con l'aggravamento della situazione di salute o l'insorgere di nuove patologie a seguito del trattamento, presumendosi l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione (C. AMODIO, 2003, 1185; A. LEPRE, 2009, 1, 104 ss.). Grava invece sul debitore la prova di aver adottato tutti gli accorgimenti richiesti dall'esercizio della professione o l'insorgenza di un evento imprevedibile causativo del danno (Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316; Trib. Bari, sez. II, 8 luglio 2009, n. 2300; Trib. Milano, sez. V, 22 aprile 2008, n. 40662) o ancora l'imputabilità delle lesioni a errori o condizioni antecedenti l'intervento (per precedenti errori ostetrico-assistenziali: Corte conti, sez. giur. reg. Umbria, 20 dicembre 2007, n. 261), ove il nesso di causalità tra la condotta e l'evento è di norma ricondotto ad un «criterio di credibilità razionale o probabilità logica» o di «seria e ragionevole probabilità scientifica» (Corte conti, sez. giur. reg. Sicilia, 22 gennaio 2008, n. 238; Corte conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 6 dicembre 2007, n. 303/A).

Il regime di maggior favore per il paziente-creditore è confermato dal termine di prescrizione, che è decennale per la responsabilità contrattuale, quinquennale per quella aquiliana (artt. 2946-2947 c.c.).

Resta salva l'individuazione di diversi profili di responsabilità a seconda che il danno sia imputabile all'inadempimento della prestazione principale di diagnosi e cura, o a quello delle prestazioni accessorie, comprensive della predisposizione di strumenti adeguati e di idonee condizioni di igiene, della sorveglianza e protezione di coloro che non siano in condizione di provvedere autonomamente a loro stessi, anche mediante l'organizzazione di sufficienti turnazioni del personale, delle prestazioni alberghiere, e in generale dell'obbligo di «buona organizzazione» (C. GARUFI, 2009, 2, 384; v. *supra* cap. I). Nel primo

caso (diagnosi e cura) a rispondere è il medico che abbia provveduto al trattamento, cui si richiede anche di assicurare le migliori condizioni oggettive: sterilizzazione e funzionalità degli strumenti operatori, composizione adeguata e operato dell'*équipe* incaricata dell'intervento e di seguire il decorso post operatorio, ecc. (Cass., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826). Nella seconda ipotesi (prestazioni accessorie) si profila invece una responsabilità dell'organo incaricato di sovrintendere all'organizzazione della struttura ospedaliera (direttore generale, direttore sanitario) o delle divisioni o servizi in cui essa è strutturata (dirigenti e primario ospedaliero: d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, art. 7; Corte conti, sez. giur. reg. Toscana, 31 agosto 2007, n. 802; in tema v. A. PIOGGIA, 2008, 72 ss.; A. BERTOCCHI – C. ATTINÀ, 2004, 197 ss.). È stato così ritenuto responsabile un medico nella qualità di «coordinatore sanitario e responsabile del servizio di igiene pubblica deputato alla somministrazione dei vaccini», per la mancata previsione di misure organizzative anche «documentali» idonee a consentire al servizio di funzionare in sua assenza: emanazione di ordini servizio, conservazione dei vaccini in armadi accessibili al personale para medico, ecc. (Cass., sez. giur. reg. Lombardia, 14 novembre 2005, n. 695).

La responsabilità del medico si estende alla struttura ospedaliera per conto della quale questi abbia operato anche in assenza di un rapporto di servizio instaurato con un contratto di lavoro subordinato, essendo a tal fine sufficiente l'inserimento funzionale, anche temporaneo, nell'organizzazione dell'ente e lo svolgimento per sua investitura e in modo continuativo di determinate attività in suo favore e secondo modalità idonee al raggiungimento dei suoi fini (per tutti: G.M. RACCA, 2006, 512). La responsabilità della struttura ospedaliera si afferma pertanto anche ove l'intervento sia stato eseguito da un sanitario «di fiducia» del paziente o comunque da questi prescelto (Cass., sez. III, 28 novembre 2008, n. 24742); così come l'azienda sanitaria è ritenuta responsabile dell'operato di un medico specialista (Corte conti, sez. giur. reg. Toscana, 26 febbraio 2009, n. 29) o di quello di un medico di base, entrambi in regime di convenzione (Corte conti, sez. giur. reg. Umbria, 4 ottobre 2007, n. 228). Ancora si è riconosciuta la responsabilità di un'università per il fatto di un medico operante presso una sua clinica pur se in servizio presso un'unità sanitaria locale (Cass., sez. III, n. 9198 del 1999, cit.).

Ai fini dell'identificazione della colpa nell'inadempimento si applicano le norme sulla prestazione d'opera professionale, con valutazione della diligenza avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata – c.d. diligenza del «debitore qualificato» – e quindi con riferimento alla «conoscenza ed attuazione delle regole proprie di una determi-

nata arte o professione» (art. 1176, co. 2°, c.c.; v. Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741; Cass., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488) e con limitazione della responsabilità al dolo e colpa grave ove sia implicata la «soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà» (art. 2236 c.c.), cioè in assenza di dati identificativi degli elementi di rischio e del relativo controllo forniti dalla scienza e dalla pratica medica, o ancora quando «l'intervento non risulti sperimentato né studiato adeguatamente o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire» (A. CIATTI, 2002, 58). Dall'accertamento di tale carattere discende un aggravamento dell'onere della prova a carico del paziente cui solo in tal caso spetta la dimostrazione delle modalità di esecuzione dell'intervento nelle sue varie fasi (Cass., sez. III, 1° settembre 1999, n. 9198; Cass., sez. III, 1° settembre 1999, n. 9198).

L'evoluzione giurisprudenziale – ormai ritenuta “diritto vivente” – ha inoltre portato ad una più ampia definizione del danno risarcibile, con liquidazione equitativa delle sue componenti extrapatrimoniali – danno biologico, morale ed esistenziale – spesso svincolata da un'accertata responsabilità penale, secondo quella che era la lettura tradizionale degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. (Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233). Il danno non patrimoniale è riconosciuto in conseguenza della violazione di diritti costituzionalmente tutelati ed esteso alla responsabilità da inadempimento, specie ove, come nelle ipotesi in esame, la prestazione risponda ad un interesse prevalentemente – se non esclusivamente – non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c., v. *supra* cap. II).

Se il danno biologico è normalmente identificato con «l'ingiusta lesione dell'integrità psicofisica della persona» ed è volto a compensarla in ragione della gravità della menomazione subita e dell'aspettativa di vita residua (per tutte: Cass., sez. III, 9 maggio 2000, n. 5881), il danno morale copre i “costi” derivati dal dolore subito (c.d. *pecunia doloris*) e corrisponde con la sofferenza contingente e il turbamento d'animo transeunte provocato dal comportamento illecito (Cass., sez. III, n. 11001 del 2003, cit.; Cass., sez. III, 11 marzo 2003, n. 2677). Invece il danno esistenziale, della cui autonomia concettuale si è pur dubitato (da ultimo: C. GARUFI, 2009, 2, 386), coincide con i pregiudizi derivanti alla realizzazione personale in conseguenza del fatto illecito altrui ed in particolare con l'alterazione delle abitudini di vita e i riassetto relazionali, lo sconvolgimento della quotidianità e la privazione di occasioni per l'espressione della propria personalità nel mondo esterno (in tema: A. LENZI, 2004, 319 ss.). Così è stato riconosciuto il danno morale subito dai genitori di un bambino nato tetraplegico per un errore sanitario, con attribuzione di un peso pre-

ponderante ai fini della liquidazione alla doverosa «assistenza familiare» e al «sacrificio totale e amorevole» a tal fine richiesto (Cass., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 469). La risarcibilità è stata poi affermata a beneficio di neonato che aveva riportato lesioni cerebrali gravissime poiché non ne risultava con certezza assoluta l'incapacità di percepire il dolore (Cass., sez. III, 4 aprile 2001, n. 4970).

Presenta infine componenti di tutte e tre le fattispecie il danno "parentale" che deriva dalla perdita di un prossimo congiunto in conseguenza di un trattamento sanitario illecito: essa determina infatti l'impossibilità dei superstiti di esplicare la propria personalità nei rapporti con il congiunto, la perdita di una relazione affettiva oltre che di attività sociali e culturali, nonché la necessità di modificare le proprie abitudini di vita (Cass., sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20987).

All'ente pubblico che abbia pagato il risarcimento è aperta la via dell'azione di rivalsa nei confronti dei sanitari nei limiti del dolo e della colpa grave, in applicazione della disciplina sulla responsabilità degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, art. 18 e ss., richiamato dal d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, art. 28, sullo stato giuridico del personale delle U.S.L.; Cass., sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15288), ove suscita perplessità la tesi che esclude la responsabilità amministrativa in ragione dell'estraneità del comportamento all'esercizio di pubblici poteri e della sua sostanziale omogeneità all'«esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione» nell'ambito di un contratto d'opera professionale concluso tra medico e paziente (Cass., sez. II, n. 2144 del 1988, cit.). È infatti pacifico il riconoscimento della giurisdizione contabile in presenza di «attività comunque riconducibili a pubblici servizi, anche non a carattere autoritativo» e senza che vi faccia ostacolo «la natura imprenditoriale privata del soggetto chiamato in causa» (Corte conti, sez. giur. reg. Sardegna, 23 novembre 2005, n. 798).

La colpa grave del sanitario va valutata a tal fine alla luce del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza medica nello specifico settore e specialmente delle cognizioni "fondamentali" ad essa attinenti (per tutte: Corte conti, sez. giur. reg. Sicilia, 24 marzo 2006, n. 1146; Corte conti, sez. giur. Trento, 23 giugno 2005, n. 58; Corte conti, sez. III giur. centr. app., 10 novembre 2004, n. 601/A) ed è spesso sostanzialmente presunta ove l'intervento non implichi particolari difficoltà, non sia stato effettuato in una situazione emergenziale o ancora siano state omesse delle attività diagnostiche e terapeutiche *routine* (Corte conti, sez. giur. reg. Sicilia, 22 gennaio 2008, n. 238; Corte conti, sez. giur. reg. Calabria, 2 aprile 2008, n. 308; Corte conti, sez. giur. reg. Basilicata, 14 settembre 2006, n. 204), salva la sussistenza di oscillazioni nel giudizio diagnostico secondo l'appartenenza

a diverse “scuole” e la considerazione del contesto ambientale e delle condizioni di lavoro, o ancora di deficienze organizzative imputabili alla struttura (Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 12 giugno 2007, n. 1138; Corte conti, sez. giur. reg. Sicilia, 16 maggio 2007, n. 1287).

### 3. *La responsabilità da inadempimento nelle prestazioni di assistenza sociale e l'azione di rivalsa verso i familiari*

La disciplina della responsabilità non sembra cambiare ove siano violati i diritti alle prestazioni di servizio sociale: l'omogeneità sostanziale tra diritti *di credito* alle prestazioni di assistenza sanitaria e diritti *di credito* alla prestazioni di assistenza sociale porta a configurare il regime risarcitorio in termini altrettanto coincidenti.

Nel caso di inadempimento dell'obbligazione – fondata direttamente sulla legge e sugli atti di programmazione e pianificazione (cfr. *supra*, par. 1) – la pubblica amministrazione può essere chiamata a risarcire il relativo danno ai sensi della disciplina civilistica (art. 1218 c.c.), né osta a tale ricostruzione la presenza di atti di *ammissione* alla fruizione del servizio. L'atto di ammissione sembra infatti rilevare non come provvedimento costitutivo del diritto di credito, ma come meramente dichiarativo di una posizione giuridica preesistente, rivestendo una «funzione di mera esecuzione della legge» e degli atti generali presupposti che si riflette nel suo carattere tendenzialmente vincolato (V. CAPUTI JAMBRENGHI, 2001, 1028; T.a.r. Puglia, sez. III, 9 luglio 2008, n. 1674; T.a.r. Campania, sez. VII, 7 agosto 2007, n. 7376).

L'erogazione delle prestazioni di servizio sociale da parte della pubblica amministrazione o a suo carico (corresponsione delle tariffe ai soggetti accreditati) non esclude una compartecipazione ai costi da parte degli assistiti, coerentemente con l'affermazione del c.d. «universalismo selettivo» (d.C.R. Toscana 24 luglio 2002, n. 122, *Piano integrato sociale regionale 2002-2004*, cit. in H. CAROLI CASAVOLA, 2004, 315; T.a.r. Veneto, sez. I, 7 luglio 1998, n. 1329). La qualità di principio della compartecipazione trova conferma nella norma di legge che considera soltanto *eventuale* l'integrazione delle rette di degenza a carico dei comuni nel caso di ricoveri stabili presso strutture residenziali (l. n. 328 del 2000, cit., art. 6, co. 4<sup>o</sup>) ed in ulteriori disposizioni, anche di legge regionale, che inseriscono il «concorso degli utenti al costo dei servizi» tra i principi dell'erogazione (v. l.r. Piemonte, n. 1 del 2004, cit., art. 3, lett. F).

La misura della compartecipazione è di norma determinata avuto riguardo alla condizione economica dei beneficiari e in un numero

via via crescente di ipotesi secondo la disciplina relativa all' "indicatore della situazione economica equivalente" (I.S.E.E.), con obbligo di presentare la relativa documentazione direttamente all'erogatore o al comune di residenza, che provvede alle verifiche del caso esercitando una funzione non delegabile ai privati (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, mod. dal d.lgs. 3 maggio 2000, n. 130; v. anche l. n. 328 del 2000, cit., art. 25; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 26 ottobre 2007, n. 1728; M. CONSITO, 2007, 4804 ss.).

Talora la situazione economica è criterio di selezione o di accesso prioritario alle prestazioni, con assorbente o prevalente considerazione del "bisogno economico" rispetto alle ulteriori condizioni di disagio che possono essere di tipo personale (inabilità fisica o psichica, tossicodipendenza, alcolismo, ecc.), familiare (es. abbandono dei minori) o sociale (difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro; per la definizione dei criteri di accesso prioritario: l. n. 328 del 2000, cit., art. 2, co. 3°; l.r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 22, co. 4°; Corte cost., ord. 13 giugno 2006, n. 224).

L'obbligo di contribuzione e la sua misura possono essere definiti preventivamente all'erogazione della prestazione, oppure in via successiva quando l'intervento abbia assunto carattere di indifferibilità in ragione di condizioni di urgenza (l.r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 39, co. 2°). Anche in tal caso gli assistiti sono tenuti all'adempimento, con devoluzione dei corrispettivi all'amministrazione che li abbia versati in loro vece e che può tutelare il proprio diritto in via giurisdizionale.

L'obbligo di intervento dell'amministrazione a fronte dell'accertamento della situazione di bisogno non pare escludere o prevalere rispetto agli obblighi di mantenimento e di alimenti dei familiari, che del pari sorgono nei confronti di chi versi «in istato di bisogno» e non sia «in grado di provvedere al proprio mantenimento» (art. 143, co. 2°; art. 147; art. 438, co. 1°, c.c.). L'affermazione si fonda sull'«inderogabile dovere di solidarietà... economica e sociale» affermato dalla Costituzione (art. 2) e riflette il ruolo complementare o ancor meglio *sussidiario* della pubblica amministrazione, il cui intervento è funzionale al raggiungimento dei soli risultati non adeguatamente ottenibili mediante l'«autonoma iniziativa dei cittadini» (principio di sussidiarietà orizzontale: art. 118, co. 3°, Cost.; A. BANCHERO, 2008, 461 ss.; sulla solidarietà intrafamiliare: v. *infra* cap. IX).

Talora sono i regolamenti comunali o le deliberazioni delle aziende sanitarie di disciplina dei servizi a estendere l'obbligo di compartecipazione ai familiari tenuti agli alimenti, arrivando a includerli nella cerchia familiare da prendere in considerazione ai fini della determinazione della situazione economica (v. Delib. Giunta comunale di Capannori, 25 gennaio 2001 cit. da H. CAROLI CASAVOLA, 2004, 322;

T.a.r. Veneto, sez. I, 3 novembre 1999, n. 1785; T.a.r. Sardegna, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1472).

Altre volte sono le norme regionali a prevedere l'obbligo dei familiari, con disciplina di apposita azione di rivalsa esperibile dall'ente pubblico che abbia già adempiuto (v. Reg. Regione Puglia 18 gennaio 2007, art. 6, co. 1°, lett d; artt. 7 e 8; l.r. Lombardia, n. 3 del 2008, cit., art. 8, co. 1°; l.r. Calabria, 26 gennaio 1987, n. 5, art. 22, lett. d; l.r. Marche, 5 novembre 1988, n. 43, art. 1, lett. f; in tal senso anche le ormai abrogate l.r. Lombardia, 5 gennaio 2000, art. 4, co. 82°; l.r. Friuli Venezia Giulia, 3 giugno 1981, n. 35, art. 1, co. 1°; l.r. Liguria, 9 settembre 1998, n. 30, art. 5, co. 3°; l.r. Piemonte 23 agosto 1982, n. 20, art. 33 bis; Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481). Il giudice costituzionale tuttavia ha recentemente dichiarato l'illegittimità di una simile previsione, poiché la disciplina di un'azione finalizzata al recupero di quanto versato in sostituzione del familiare inadempiente (nella fattispecie con surrogazione legale nel pagamento) rientra nella materia "ordinamento civile", di competenza esclusiva della legge dello Stato (art. 117, co. 2°, lett. l, Cost.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 106).

Sino ad epoca recente la rivalsa era esercitata ai sensi della disciplina statale sulle spese di spedalità e manicomiali, che attribuiva un'azione speciale alle «amministrazioni degli ospedali, dei Comuni o dei manicomi pubblici» nei confronti dei ricoverati che non si trovassero «in condizioni di povertà», in caso di morte verso gli eredi legittimi e testamentari e, ove occorresse, verso i familiari obbligati agli alimenti nell'ordine del codice civile e purché si trovassero in condizione di sostenere anche solo parzialmente l'onere delle degenze, nonché verso le persone responsabili delle ferite e delle malattie (l. 3 dicembre 1931, n. 1580, art. 1, co. 1° e 3°). Si era ritenuto che la riforma del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) non avesse abrogato la previsione quanto meno con riferimento alle attività socio-assistenziali a carico delle amministrazioni locali e regionali, per le quali non è subentrato un principio di gratuità dell'erogazione (Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629; Cass., sez. I, 16 marzo 2001, n. 3822; Cass., sez. I, 10 maggio 1999, n. 4621; Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481; Cass., sez. I, 1° ottobre 1994, n. 7989; Trib. Treviso, 1° luglio 1997, *Taffarello c. Comune di Carbonera*).

Il diritto dell'ente pubblico di recuperare quanto versato in vece dei familiari inadempienti non sembra compromesso dalla recente abrogazione espressa di tale disciplina (d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 24, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133).

Il diritto comunitario innanzi tutto pare ammettere in termini generali la surrogazione nel pagamento, pur senza offrire un esplicito

fondamento alla relativa azione. Il regolamento su «competenza, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione delle decisioni e cooperazione in materia di obbligazioni alimentari» riconosce infatti la qualità di «creditore» all'ente pubblico che agisca «per conto di una persona cui siano dovuti alimenti» o «cui sia dovuto il rimborso di prestazioni erogate in luogo degli alimenti», pur rinviando alle discipline nazionali per la definizione del relativo diritto (Reg. Ce del Consiglio 18 dicembre 2008, n. 4/2009, art. 64, § 1 e 2).

Si è così affermato che la natura del credito di alimenti non muta e rientra nella materia civile disciplinata dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ove esso sia stato trasferito in forza di una disciplina nazionale (Paesi Bassi) ad un'autorità pubblica, la quale si surroghi nei limiti dell'obbligazione legale alimentare al coniuge divorziato e alla figlia dell'obbligato, al fine di recuperare le somme versate a titolo di sussidio sociale (C. giust. Ce, sez. V, 14 novembre 2002, C-271/00, *Gemeente Steenberg*). Al contrario non è applicabile il foro dell'attore previsto in generale per il diritto agli alimenti (Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, art. 5, punto 2) quando l'azione sia intentata da un ente pubblico che esercita un'azione di regresso contro l'obbligato agli alimenti per recuperare gli aiuti alla formazione riconosciuti ad uno studente, poiché l'ente non si trova in una situazione di debolezza rispetto al convenuto (Corte giust. Ce, sez. V, 15 gennaio 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern*).

Nel nostro ordinamento il pagamento con surrogazione è previsto in generale a tutela dell'interesse del terzo al rimborso nel caso di pagamento del debito altrui (artt. 1201 ss. c.c.).

Nel caso in cui un terzo paghi *consapevolmente* un debito di altri – se il debito è ritenuto altrui per errore si versa nella diversa ipotesi della ripetizione di indebito (art. 2033 c.c.) – subentra nella posizione del creditore, con successione nel rapporto obbligatorio dal lato attivo e conseguente riconoscimento di tutte le azioni già spettanti al creditore originario.

È di particolare interesse la fattispecie di surrogazione legale a favore di «colui che essendo tenuto *con altri* o *per altri* al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo» (art. 1203, n. 3, c.c.), da cui deriva automaticamente il diritto alla surrogazione, senza necessità del consenso di debitore e creditore originari. Perché la fattispecie sia realizzata occorre un obbligo giuridico del terzo a pagare il debito altrui, oppure una situazione che ne fondi un vincolo a pagare, da cui la sua rilevanza in caso di obbligazioni solidali o fideiussorie (A. GIANNOLA, 1999, 233 ss.). A tale requisito si aggiunge l'interesse a soddi-

sfare l'altrui debito (O. CAGNASSO, 1993, 2) e secondo alcuni l'esistenza di un rapporto pregresso tra *solvens* e debitore che attribuisca al primo azione nei confronti del secondo.

I presupposti sembrerebbero tutti realizzati nel caso in cui l'ente pubblico soddisfi un credito alimentare al posto di un familiare obbligato: esso è infatti giuridicamente tenuto all'intervento, se non *per altri*, sicuramente *con altri*, in soddisfacimento di un interesse che è quello generale, anche detto pubblico.

L'eventuale diniego della surrogazione nel pagamento lascia aperta la percorribilità dell'azione generale di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.), che è rimedio sussidiario esercitabile solo nel caso in cui manchi altra specifica azione (art. 2042 c.c.). La fattispecie in esame pare infatti integrarne tutti i presupposti, atteso che oltre tutto la rivalsa ai sensi della l. n. 1580 del 1931, cit., ne era ritenuta un'ipotesi "speciale" (Cass., sez. I, n. 3822 del 2001, cit.; Cass., sez. I, n. 4621 del 1999, cit.).

L'azione di arricchimento esercitata dalla pubblica amministrazione nei confronti del privato non riveste tratti di specialità, contrariamente a quanto avviene nell'ipotesi inversa in cui sia il privato a trovarsi impoverito in conseguenza di un comportamento di un ente pubblico, ove ad integrazione degli elementi previsti dal codice si richiede il "gradimento" o esplicito riconoscimento dell'utilità da parte dell'amministrazione (P. GALLO, 2003, 129; L. VIOLA, 2002, 75 ss.; R. TOMEI, 2000, 62 ss.; B. GAGLIARDI, 2009, 816 ss.).

Il familiare tenuto agli alimenti la cui assistenza sia stata resa superflua dall'intervento pubblico ha infatti conseguito un risparmio di spesa – con corrispondente depauperamento dell'amministrazione – che ben può integrare gli estremi dell'arricchimento rilevante ai sensi della disciplina del codice civile. Né lo spostamento patrimoniale realizzato pur indirettamente tra amministrazione e familiare è giustificato da un preesistente rapporto che vincoli i due o da altra valida causa giuridica.

La cifra recuperabile per tale via corrisponde alla minor somma tra le rette versate dall'amministrazione (depauperamento) e l'importo degli alimenti dovuti (locupletazione), ove tale cifra può ben essere inferiore alla prima, atteso che gli alimenti devono essere corrisposti «in proporzione alle condizioni economiche di chi li domanda» (art. 438 co. 2°, c.c.) e «nella misura dello stretto necessario» tra fratelli e sorelle (art. 439 c.c.).

Non sembra ostare a tale soluzione il fatto che il beneficiario non abbia chiesto gli alimenti e il giudice non ne abbia dunque determinato la misura, che è argomento talora usato per escludere l'arricchimento del familiare (A. FIGONE, 2003, 3): l'obbligo di quest'ul-

timo sussiste infatti indipendentemente dall'esperimento degli strumenti di tutela giurisdizionale da parte dell'assistito, né pare sottoposto ad una condizione sospensiva, ben potendo essere soddisfatto spontaneamente e in assenza dell'esercizio di un'azione.

Talora si è suggerito di percorrere la diversa via della gestione di affari altrui (art. 2028 ss., v. *infra* cap. IX), di norma utilizzata nel caso del privato che abbia adempiuto all'obbligo alimentare di altri senza essere animato da spirito di liberalità (Cass., sez. III, 22 dicembre 2004, n. 23823; App. Milano, 1° marzo 2002, *Rastelli c. Rastelli*; P. GALLO, 1992, 701; T.A. AULETTA, 1988, 7). La fattispecie determina l'obbligo del gestore di condurre a termine la gestione sino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso e quello di quest'ultimo di tenere indenne il primo delle obbligazioni assunte in suo nome e di rimborsarlo di tutte le spese sostenute (artt. 2030-2031 c.c.).

La gestione d'affari presuppone la consapevolezza di gestire un affare di un terzo, la spontaneità dell'intervento, la sua utilità iniziale, l'alienità dell'affare, l'impossibilità di intervenire da parte dell'interessato e l'assenza di un suo divieto di ingerenza.

Nell'ipotesi in esame l'applicazione della fattispecie suscita talune perplessità in ordine ai requisiti della spontaneità e dell'assenza di un divieto di ingerenza, ben potendosi immaginare un'opposizione del familiare all'intervento pubblico in suo nome. Tale ostacolo tuttavia può probabilmente essere superato ritenendo privo di effetti il divieto contrario alla legge, quale quello che determina sostanzialmente il disconoscimento dell'obbligo alimentare. Si è anzi rilevato come, in diritto di famiglia, sia spesso sufficiente l'adempimento di un «dovere giuridico di ordine pubblico» a integrare tutti gli estremi della fattispecie, senza che si richieda la dimostrazione degli ulteriori requisiti dell'utilità o dell'assenza dell'interessato (P. GALLO, 1992, 704).

Maggiori difficoltà investono il requisito della spontaneità dell'intervento sostitutivo, atteso che l'amministrazione agisce senz'altro in esecuzione di un obbligo *ex lege* (v. *supra* par. 1 e cap. II).

Del pari sussistono ostacoli all'esperimento dell'azione surrogatoria, che consente al creditore di esercitare diritti e azioni a contenuto patrimoniale spettanti al proprio debitore verso terzi e che questi trascuri di esercitare, di cui sono presupposti necessari l'esistenza del credito, quella del diritto del debitore nei confronti del terzo, il pericolo di insolvenza del debitore e la sua inerzia o trascuratezza (art. 2900 c.c.).

Di norma se ne esclude infatti l'esperimento in ragione della qualità di «diritti personalissimi» degli alimenti, che ne comporta l'impossibilità di cessione (art. 447 c.c.) e dunque la riserva della relativa

azione in capo all'avente diritto, atteso che il codice civile richiede il carattere patrimoniale di diritti e azioni esercitati ed esclude la surrogatoria ove «per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare» (A. FIGONE, 2003, 3; T.ar. Veneto, sez. I, n. 1785 del 1999, cit.,).

Il rimedio d'altro canto non appare del tutto soddisfacente o lo è comunque solo «in senso lato» (B. GARDELLA TEDESCHI, 1999, 229), poiché suo scopo finale è unicamente l'incremento del patrimonio del debitore (assistito), in capo al quale soltanto si producono gli effetti della surrogazione. In un secondo momento il creditore (amministrazione pubblica) potrà esercitare l'azione esecutiva sul patrimonio così aumentato, senza acquisire direttamente la titolarità dei diritti esercitati in surroga.

### Bibliografia

- C. AMODIO, voce *Responsabilità medica*, in *Dig. disc. civ.*, sez. priv., Torino, agg. 2003, 1174 ss.;
- T.A. AULETTA, voce *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. VIII, 1988;
- A. BANCHERO, *I livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei servizi alla persona: dalla tutela della salute alla protezione sociale*, in *Quad. reg.*, 2008, 461 ss.;
- A. BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private*, in *La responsabilità medica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2004, 97 ss.;
- A. BERTOCCHI e C. ATTINÀ, *La responsabilità della (e nella) équipe medica*, in U. Ruffolo (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, 185 ss.;
- O. CAGNASSO, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, vol. XXX;
- V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, t. II, Bologna, 2001, 1019 ss.;
- H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004;
- R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2004, 201 ss.;
- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- R. CAVALLO PERIN, *Art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 604 ss.;
- A. CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002;
- M. CONSITO, *Indicatore della situazione economica equivalente*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Milano, 2007, 4804 ss.;
- M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009;

- M. CONSILO, *Asili nido*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, II ed., Milano, 2009, 5215 ss.;
- C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, agg. V, 2001, 1009 ss.;
- A. FIGONE, voce *Alimenti (dir. civ.)*, postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, Roma, vol. I, 2003;
- B. GAGLIARDI, *Esecuzione di un contratto sine titulo, arricchimento senza causa e diritto all'utile di impresa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 806 ss.;
- P. GALLO, voce *Gestione di affari altrui*, in *Dig. disc. civ.*, sez. priv., vol. VIII, Torino, 1992, 698 ss.;
- P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Milano, 2003;
- B. GARDELLA TEDESCHI, voce *Surrogatoria (azione)*, in *Dig. disc. civ.*, sez. priv., vol. XIX, 1999, Torino, 228 ss.;
- C. GARUFI, *Obblighi e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, 2, 383 ss.;
- A. GIANOLA, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. civ.*, sez. priv., vol. XIX, 1999, Torino, 233 ss.;
- M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856 ss.;
- A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, 1, 104 ss.;
- A. LENZI, *Danno biologico, patrimoniale e non patrimoniale nella lesione dei diritti della persona*, in U. Ruffolo (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, 319 ss.;
- S. MARZOT, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *San. pub. priv.*, 2008, IV, 5 ss.;
- A. PIOGGIA, *Il ruolo del top management e della dirigenza di linee in sanità: modelli di distribuzione del potere decisionale negli atti aziendali*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA e S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, 2008, 71 ss.;
- G.M. RACCA, *Art. 93*, in R. Cavallo Perin e A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 511 ss.;
- G.M. RACCA, *Edilizia residenziale pubblica*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della Famiglia*, Milano, 2009, 5419 ss.;
- A. SPANGARO, *Responsabilità medica e danno morale da contratto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 11, 2322 ss.;
- R. TOMEL, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2000;
- L. VIOLA, *L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione*, Padova, 2002.



## Capitolo VII

### *Diritti assoluti della personalità alla salute e alla privacy*

di Alessandro Mantelero

SOMMARIO: 1. La nozione di diritto assoluto e quella di diritto relativo. – 2. La categoria giuridica dei diritti della personalità. – 3. I principali caratteri comuni dei diritti della personalità. – 4. La duplice valenza del diritto alla salute. – 5. (segue): la dimensione pubblicistica. – 6. (segue): la dimensione privatistica. – 7. L'assolutezza del diritto nell'interazione con l'agire della pubblica amministrazione. – 8. Le origini della nozione di *privacy*. – 9. L'esperienza italiana. – 10. Il trattamento dei dati personali in ambito sanitario.

#### 1. *La nozione di diritto assoluto e quella di diritto relativo*

Nell'ambito delle situazioni soggettive rilevanti quella che riveste maggior centralità all'interno del diritto privato è indubbiamente quella del diritto soggettivo. Trattasi di una posizione giuridicamente tutelata in virtù della quale il titolare è in grado di soddisfare un determinato interesse economico o morale. Sono esempi di diritto soggettivo il diritto al nome, il diritto di proprietà, il diritto ad ottenere dal debitore la prestazione contrattualmente pattuita.

Con la nozione di diritto soggettivo si delinea una posizione complessa che può ricomprendere differenti situazioni semplici dette facoltà; diversi sono poi i contenuti dei vari diritti e le facoltà attribuite a ciascun titolare, comune è però la presenza di due requisiti fondamentali: l'attribuzione di un potere (quantomeno quello di rivolgersi all'autorità giudiziaria per veder tutelata la propria posizione giuridica) e la sussistenza di un interesse del soggetto cui si collegano le prerogative riconosciute dall'ordinamento.

All'interno della categoria dei diritti soggettivi si suole poi distinguere fra diritti assoluti e diritti relativi, laddove i primi (rappresentati dai diritti della personalità e dai diritti reali) possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, mentre i secondi (costituiti dai diritti di credito) attribuiscono al titolare una facoltà che questi può far valere solamente nei confronti di determinati soggetti (debitori).

Sotto il profilo dell'esercizio del diritto occorre osservare come, a

differenza dei diritti assoluti, i diritti relativi non vedano la loro realizzazione in virtù del semplice esercizio da parte del titolare, bensì necessitino della collaborazione del debitore.

Da ultimo, va sottolineato come in merito alla natura relativa dei diritti di credito è bene tener presente che se indubbiamente essa vale con riferimento alla pretesa oggetto del diritto (azionabile nei confronti del solo debitore), ciò non comporta l'irrelevanza giuridica della situazione soggettiva per i terzi, posto che comunque il sorgere del credito crea un rapporto che i terzi sono tenuti quantomeno a non pregiudicare, essendo in alternativa chiamati a rispondere in via extracontrattuale per il danno arrecato alle ragioni del creditore.

## 2. *La categoria giuridica dei diritti della personalità*

Quello dei diritti della personalità è da considerarsi, sotto il profilo delle usuali classificazioni giuridiche, come un sottoinsieme del più ampio *genus* dei diritti assoluti, cui appartengono altresì i diritti reali. Discusso in passato se fosse più corretto ravvisare una dimensione unitaria dei diritti in esame, incentrata su un unico diritto assoluto alla personalità, ovvero se fosse preferibile un'impostazione pluralista, ad oggi la questione ha scarso rilievo pratico, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo.

I diritti della personalità costituiscono un insieme aperto che, in ragione dell'evoluzione sociale e culturale, ha visto un progressivo ampliamento dei propri confini grazie all'opera c.d. "creativa" della giurisprudenza che, spesso su suggerimento della dottrina, ha definito nuovi ambiti di tutela rispetto a quelli previsti dalle disposizioni normative vigenti; accanto all'onore, al nome, all'immagine ed all'integrità fisica, hanno così trovato piena protezione ulteriori aspetti della personalità quali la riservatezza, l'oblio, l'identità personale. Tali diritti non sono propri delle sole persone fisiche, potendo essere riconosciuti anche alle persone giuridiche ed agli enti, limitatamente a quegli aspetti della personalità loro attribuibili (es. reputazione, immagine, nome; già in tal senso Cass., 5 dicembre 1992, n. 12951 e Trib. Roma, 26 giugno 1993).

A riguardo occorre formulare una prima riflessione. Sovente nel linguaggio giuridico si parla di "creazione" dei diritti della personalità, specie ad opera della giurisprudenza, è tuttavia dubbia la correttezza dell'uso di tale verbo: legislatori, giudici e dottrina non creano infatti nulla, poiché i diritti in questione nel loro oggetto non sono che espressione della natura umana ed in quanto tali pre-esistenti rispetto alla qualificazione giuridica. E ciò non in quanto derivati da

Dio o perché originari, ma semplicemente poiché inerenti all'uomo stesso come venutosi ad affermare nell'evoluzione socio-culturale. Semmai la classe dei giuristi può agire in senso antagonista alla realtà, negando rilevanza giuridica a singoli aspetti dell'essere (Cass., 22 dicembre 1956, n. 4487). In quest'ottica pare più corretto parlare di "riconoscimento" dei diritti della personalità, con chiaro riferimento al procedimento mediante il quale l'ordinamento percepisce e recepisce le istanze provenienti dalla società riguardanti l'ambito di tutela da garantirsi alla persona umana. Nulla viene dunque creato: siamo di fronte ad un processo di inclusione nei confini del giuridico di quanto era prima al di fuori di esso, benché esistente, in ragione del fatto che il mondo generato dai giuristi non coincide con quello reale, ma con una specifica (necessariamente anche parziale) rappresentazione d'esso.

Il riconoscimento non si riduce poi alla sola affermazione di ciascun diritto soggettivo autonomamente considerato, ma necessariamente comporta la risoluzione dei problemi di contemperamento fra l'accresciuta tutela della persona ed i diversi interessi antagonisti emergenti nel contesto sociale, *in primis* quelli correlati alla funzione dei *media*. In tal senso il processo di "giuridicizzazione" dell'esistente è una forma di astrazione, di riconduzione a fattispecie, che non coinvolge la sola rilevanza giuridica del singolo aspetto della personalità, ma ne delinea altresì i confini operativi. Attraverso questo processo può però accadere che in taluni casi la recezione dell'istanza sociale di tutela ad opera delle corti finisca per dar vita ad una nozione che si disallinea da quella socialtipica generatrice. Così ad esempio, per diverso tempo, l'abuso della nozione di interesse pubblico ha finito per frustrare l'idea di riserbo maturata nelle coscienze individuali nella seconda metà del secolo scorso, finendo per affermarne una concezione ben più limitata rispetto a quella comunemente avvertita (v. Trib. Roma, 20 settembre 1993 e Trib. Napoli, 19 maggio 1989). Ancora, vi sono situazioni diametralmente opposte a quelle ora descritte, in cui la costruzione giuridica risulta essere addirittura più ampia del corrispondente sociale (si pensi alla tutela dell'onore del soggetto delinquente).

Alla base del riconoscimento dei diritti della personalità v'è dunque sempre un'istanza sociale, ma è poi la costruzione elaborata in ambito giuridico che può recepire in modo pieno, parziale o distorto tale istanza e più vi sarà difformità, più frequente sarà la domanda di giustizia, fintanto che non sarà raggiunta una maggior coincidenza.

In tale ottica la categoria del diritto della personalità, in quanto sistematizzazione dei caratteri comuni delle differenti manifestazioni di tale diritto, risulta derivare da un processo d'astrazione di secondo

livello, costituendo una rappresentazione (la categoria appunto) di rappresentazioni (i singoli diritti come intesi dai giuristi). La nozione stessa di categoria esiste dunque solamente in quanto sia possibile individuare alcune connotazioni aggreganti dei diversi elementi che la compongono, in relazione al loro oggetto (attinenza all'individuo) o alla loro morfologia giuridica (quest'ultima tradizionalmente declinata secondo i caratteri dell'assolutezza, non patrimonialità ed indisponibilità).

A riguardo occorre sottolineare la cesura storica e concettuale che si è avuta fra l'elaborazione della categoria contenitore del diritto della personalità e l'affermazione dei singoli contenuti (ALPA-RESTA, 2006; RESTA, 2005), laddove mentre la prima discende da un'opera di elaborazione dottrinale posta in essere sul finire del XIX secolo in ambito germanico con la finalità di addivenire ad una trattazione unitaria della materia, i singoli diritti che la compongono conoscono invece una genesi che in diverse ipotesi risulta anteriore a tale elaborazione, spesso anche risalente a tempi remoti (è il caso del diritto all'onore e di quello al nome).

Guardando al panorama italiano, va osservato come la percezione dei diritti della personalità in quanto categoria unitaria paia emergere dopo la pubblicazione dell'opera di Ravà di inizio Novecento (Ravà, 1901), tanto che solamente a partire da quel momento nei repertori giuridici compare una specifica voce dedicata ai "diritti sulla persona propria". Ciononostante, fino al termine degli anni Trenta del secolo scorso, il materiale giurisprudenziale e bibliografico reperibile sul tema risulta assai esiguo, tanto da essere addirittura assente nella quasi totalità delle annate fra il 1910 ed il 1934.

In merito all'elaborazione della categoria dei diritti della personalità da parte della dottrina italiana va poi sottolineato come essa non rappresenti una creazione autonoma, bensì costituisca una nozione quantomeno condizionata, se non indotta, dall'influenza avuta dalla dottrina germanica, conformemente ad un più generale orientamento culturale perdurato fino agli anni Sessanta del Novecento (FERRI, 1983), secondo cui si guardava a quell'area giuridica piuttosto che alle esperienze maturate Oltreoceano. Va riconosciuta alla dottrina germanica l'idea di organizzare i diritti della personalità in una categoria unitaria, conferendo così ad essi una rilevanza e visibilità che non erano state invece attribuite dalla precedente fondamentale esperienza della codificazione francese. Il portato giuridico della Rivoluzione Francese, "artefice" della dichiarazione dei diritti dell'uomo, aveva infatti poi concretizzato la propria spinta innovatrice in un codice civile incentrato sull'affermazione dell'individuo quale proprietario e non quale persona (non v'è discordanza fra quanto emerge dalla *Dé-*

*claration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e l'impianto fatto proprio dal *Code Napoléon*, laddove alla prima compete a fissare il limite nei rapporti fra Stato e cittadino, valorizzando dunque i diritti dei singoli al fine di costruire un argine alla potenziale invasività dell'agire dei poteri pubblici).

Sotto la spinta delle idee giusnaturalistiche (N. BOBBIO, 1994), si assiste invece nell'area germanica ad una forte valorizzazione della persona, secondo una concezione che considera il diritto positivo come un'oggettivazione dei diritti naturali che spettano all'uomo in quanto tale, una creazione della collettività volta a tutelare i diritti innati preesistenti. Tale impostazione si ritrovava in specie nel codificatore austriaco, laddove riconosceva espressamente alla persona la tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili, sebbene non tipizzandoli.

È tuttavia all'opera della dottrina tedesca (THON, 1878; KOHLER, 1880; O. GIERKE, 1895) che si deve la compiuta elaborazione della categoria dei diritti della personalità, che viene ad accomunare i diversi aspetti della vita, dell'integrità fisica, dell'onore e del nome, sebbene si giunga ad una nozione molto lata, tale da ricomprendere anche le libertà civili ed i diritti sui segni distintivi e le opere d'ingegno.

I primi studi italiani (FERRARA-SANTAMARIA, 1939) in materia risentono appunto di questa sovrapposizione delle idee germaniche sul sostrato codicistico di impronta francese, con il conflitto che nasce fra la nozione di diritto soggettivo modellata sul diritto di proprietà, in cui il bene sul quale si esercita il diritto è cosa distinta dalla persona titolare del diritto, e la peculiarità dei diritti della personalità in cui soggetto ed oggetto vanno a coincidere. Conflitto che verrà però con il tempo superato, sia in quanto considerato meno rilevante sia in ragione delle soluzioni dottrinali volte a riconsiderare la valenza archetipica offerta dal modello proprietario nella costruzione della nozione di diritto soggettivo.

Altro punto critico della nascente categoria ha riguardato poi il confronto fra le due diverse costruzioni, monista e pluralista (ZENO-ZENCOVICH, 1995), dei diritti della personalità. In questo caso però il problema rappresenta un riflesso della più ampia evoluzione interpretativa che ha interessato la lettera dell'art. 2043 c.c. in materia di responsabilità extracontrattuale. La tradizionale impostazione che vedeva nel solo diritto soggettivo l'oggetto di tutela ex art. 2043 c.c. aveva infatti inizialmente indotto una ricostruzione in termini pluralistici della categoria, rinvenendo in ogni aspetto della persona altrettanti diritti assoluti. Veniva così asserita l'assenza nel nostro ordinamento di un unico e generale diritto della personalità, in favore di una contemporanea previsione di tante differenti fattispecie a tutela

di specifici diritti della persona. Quando poi l'interpretazione del 2043 c.c. si è fatta più aperta, allontanandosi dal limite del solo diritto soggettivo, è stata allora valorizzata una visione globale del singolo, peraltro avallata dal dato costituzionale, affermandosi così una costruzione monista dei diritti della personalità, in cui, in analogia con l'esperienza dottrinale germanica recente, sussiste un unico diritto generale della personalità. Tale concezione avrebbe poi il pregio logico di non "frammentare" l'intrinseca unitarietà della natura umana, come evidenziato dalla giurisprudenza (Cass., 20 aprile 1963, n. 990). Sotto il profilo operativo la distinzione fra le due impostazioni non assume tuttavia particolare rilievo, stante la possibilità, all'interno di una concezione pluralista, di ricorrere al ragionamento analogico per offrire tutela a nuovi aspetti della personalità ottenendo così un risultato simile a quello che si consegue seguendo la lettura monista, affermando la generale protezione della personalità nelle sue molteplici sfaccettature. Occorre in proposito sottolineare come nella prassi delle corti prevalga poi la tradizionale tecnica argomentativa, nella redazione delle motivazioni, secondo cui il giudice tende comunque a ricercare uno specifico referente normativo da porre a fondamento della tutela attribuita al diritto oggetto di causa, con una conseguente propensione alla distinzione, almeno a livello verbale, fra vari autonomi diritti della personalità secondo un'ottica pluralista (ZENO-ZENCOVICH, 1995).

### 3. *I principali caratteri comuni dei diritti della personalità*

Guardando ai caratteri comuni dei diritti che compongono la categoria in esame, essi sono ravvisabili nell'assolutezza, nella coesistenza di aspetti attinenti la sfera morale e quella patrimoniale, nella tutela mediante il ricorso ai rimedi propri della responsabilità extracontrattuale, nella frequente posizione antinomica in cui si trovano rispetto all'esercizio del diritto di cronaca ed in generale all'attività dei *media*.

Dalla connotazione in termini assoluti deriva che questi diritti possono essere fatti valere nei confronti di chiunque. Tuttavia proprio le esigenze di bilanciare la tutela del singolo con gli interessi collettivi da ultimo menzionati, consentono, in alcune ipotesi – ad esempio quando vi sia un interesse pubblico alla conoscenza di fatti o immagini –, una limitazione della signoria riconosciuta alla persona, permettendo lo sfruttamento del diritto anche a prescindere dal consenso dell'interessato.

Più controverso è il secondo aspetto, in ragione dell'influenza an-

cora presente dell'impostazione dogmatica tradizionale che nega sia la natura patrimoniale di tali diritti che la possibilità di disporne. In proposito va incidentalmente osservato come la (in)disponibilità non sia una conseguenza della (non) patrimonialità, esistendo diverse ipotesi in cui diritti su beni aventi valore economico non risultano cedibili (in questi casi si preferisce ricorrere a termini quali "inalienabilità", "intrasferibilità", "incommerciabilità": OLIVERO, 2008).

Rispetto all'impostazione tradizionale che vuole i diritti in esame come indisponibili e non patrimoniali, pare oggi più corretto ravvisare in ciascuno di essi una duplice componente, l'una attinente alla titolarità e l'altra allo sfruttamento economico. Mentre con riguardo alla prima è pacifico che essa non possa venir meno in capo all'individuo, in ragione della natura stessa dei diritti, differentemente la possibilità di sfruttamento economico è sovente oggetto di accordi fra privati (si pensi ad esempio ai contratti di sponsorizzazione). Si realizza in tal modo una particolare modalità di circolazione del diritto, che pur non essendo mai totalmente sottratto al soggetto, cui rimane la titolarità, può essere fatto oggetto di attività lucrative da parte dei terzi. Al riguardo, come meglio si avrà modo di approfondire nel prosieguo, si discute in dottrina se il consenso con cui si permette lo sfruttamento di un proprio diritto della personalità ad opera di altri debba configurarsi come un vero e proprio atto di disposizione, fonte tuttavia di una circolazione *sui generis*, ovvero, propendendo per una lettura più tradizionale, abbia la natura dell'atto autorizzatorio volto ad escludere l'illiceità dell'utilizzo di un diritto indisponibile.

Già si è detto come l'ostacolo ad una chiara qualificazione degli atti dispositivi, derivi dall'influenza del modello proprietario interiorizzato dalla nozione di diritto soggettivo. A tal proposito occorre però soffermarsi su due aspetti: in primo luogo la crisi della concezione unitaria della proprietà (da "la proprietà" a "le proprietà"), in secondo luogo il superamento dell'idea che individua in quello proprietario l'unico modello circolatorio dei diritti, ammettendosi invece altre differenti forme.

Con riguardo al primo aspetto, è ormai riconosciuta una pluralità di schemi proprietari, con specifiche regolamentazioni e, per quel che qui più interessa, con differenti modalità di circolazione. Quanto invece alla seconda considerazione, non si vede perché la proprietà debba costituire l'unico riferimento per definire l'appartenenza al soggetto e non si possano invece legittimare diverse costruzioni teoriche che tengano conto della peculiarità degli aspetti attinenti alla persona e della disomogeneità che questi presentano rispetto ad una nozione incentrata sull'avere piuttosto che sull'essere (RESCIGNO, 1990 e ZATTI, 2008). Così facendo si possono ideare schemi circolatori che non

vanno più qualificati come atipici o *sui generis*, ché sarebbe come affermare la valenza generale della circolazione di tipo proprietario, bensì come “altri”, autonomi e coerenti con la natura e l’idea di persona umana. In tale ottica non ci si troverebbe dunque neppure in presenza di una specie peculiare di proprietà, fra le diverse esistenti, bensì di una non-proprietà, di una nozione autonoma di bene avente un modello circolatorio proprio, che semmai, in ragione dell’unicità ed uniformità dei principi dell’ordinamento, potrà mostrare affinità con altre forme di appartenenza, con conseguente possibilità di mutarne taluni elementi della regolamentazione.

Va poi rilevato come un’ulteriore via per superare le tensioni generate dalla commercializzazione degli aspetti della personalità potrebbe essere quella di abbandonare il centralismo del corpo nella nozione e costruzione dei diritti della personalità, da cui derivano tradizionalmente i maggiori limiti alla circolazione, scindendo i profili inerenti l’integrità psico-fisica che, nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, afferiscono principalmente all’ampia area del diritto alla salute (PINO, 2003). Certamente una simile operazione concettuale va a minare l’unitarietà dell’individuo, ma anche tale assunto rappresenta la predilezione per una specifica costruzione giuridica: se infatti è possibile assumere una visione unitaria, è altrettanto possibile tenere conto della diversità che si ha fra l’essere nella sua corporeità e l’essere come si rappresenta o viene rappresentato all’esterno. Sposando questa seconda interpretazione emerge una maggior omogeneità strutturale dei due ambiti in cui viene così suddivisa la categoria, derivandone due insiemi unificabili, l’uno in ragione della corporeità e l’altro in ragione del contenuto informativo. Nome, immagine, reputazione, identità personale, diritto sui dati, finanche diritto morale d’autore, si prestano infatti ad un’unificazione nel senso di ravvisare in tali diritti la tutela delle informazioni che riguardano il singolo (non a caso la disciplina dei dati personali ha fagocitato gran parte delle pregresse posizioni soggettive): si tratta in tutti i casi di frammenti di conoscenze che vengono trasmesse e recepite dai terzi, cui la categoria dell’informazione sembra ben adattarsi ai fini aggregativi.

Ridotto l’oggetto dei diritti della personalità ad informazione, gli stessi diritti vengono allora non più ad avere come riferimento il corpo o aspetti di esso. In quest’ottica potrebbe emergere a livello interpretativo, non tanto sotto il profilo della tutela (laddove sussistono specifiche discipline di legge, come ad es. nel caso dell’onore e, in parte, dell’immagine) ma della circolazione dei diritti, una funzione onnicomprensiva dei principi che governano la normativa sui dati personali, posto infatti che è dato personale “qualunque infor-

mazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili”. Rimarrebbero esclusi solo quei diritti della personalità non riducibili ad informazioni, ovvero i diritti sulle parti del corpo e sul corpo in quanto tale.

Il rinvio andrebbe poi fatto ai principi in materia di dati personali e non alla normativa di dettaglio, in quanto quest’ultima sconta il limite applicativo di cui all’art. 5, c. 3, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, (secondo cui “il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all’applicazione del presente codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione”) ed in quanto il trattamento presuppone l’esistenza di un supporto.

Se dunque la normativa sui dati personali viene ad essere assunta quale riferimento da cui desumere i principi generali in tema di circolazione – coerentemente con il fatto che essa rappresenta l’unico testo di legge in cui si pone davvero attenzione a questo profilo –, occorre allora indagare il regime circolatorio di tali dati, ovvero individuare quale valenza possa avere il consenso del soggetto alla divulgazione ad es. di un proprio ritratto deformato in maniera ingiuriosa, o alla percezione da parte degli astanti dell’immagine della propria persona fatta oggetto di derisione, piuttosto che al travisamento di proprie opinioni, o alla cessione a terzi per i fini più disparati di fotogrammi che lo ritraggono o, infine, alla cessione dei propri dati personali in senso stretto.

In proposito riaffiorano le risalenti stratificazioni concettuali in materia di diritti della personalità, volte ad affermarne la non patrimonialità e l’indisponibilità, che “rilette” alla luce dell’attuale fiorente mercato avente per oggetto lo sfruttamento commerciale degli attributi della persona hanno indotto la dottrina a formulare argomentazioni volte a coniugare i vecchi schemi con le nuove esigenze. In tal senso si è ritenuto di ravvisare in ogni ipotesi circolatoria del diritto la presenza di una responsabilità da fatto illecito resa inoperante in virtù del consenso dell’avente diritto quale atto unilaterale di tipo autorizzatorio. Viene in tal modo ribadito il carattere non patrimoniale ed indisponibile dei diritti della personalità, in ragione del quale non si riesce a concepirne la cedibilità, ma solamente un’attività volta ad escludere l’illiceità di un comportamento (sfruttamento economico da parte dei terzi), ritenuto vietato in quanto posto in essere da un soggetto diverso dal titolare del diritto. Le frequenti forme di contrattualizzazione dell’utilizzo di aspetti della personalità vengono così ridotte a negozi aventi ad oggetto non direttamente il diritto in sé, bensì l’atto unilaterale di natura autorizzatoria che ne legittima il com-

portamento astrattamente lesivo, con il vantaggio di salvaguardare le prerogative riconosciute in capo al soggetto consenziente (MESSINETTI, 1998; PATTI, 1999). Seguendo quest'impostazione infatti la titolarità del diritto non viene mai meno, consentendo alla persona di poter esercitarne in ogni tempo le facoltà relative esponendosi, semmai, ad una responsabilità contrattuale per inadempimento.

A tale costruzione pare tuttavia preferibile il diverso orientamento interpretativo che, in maniera più realistica e coerente con la realtà socio-economica, prende coscienza del valore commerciale assunto dagli attributi della personalità, assimilandoli ai beni in senso giuridico e, in quanto tali, ritenendoli autonomamente suscettibili di essere oggetto di disposizione mediante lo strumento contrattuale (L.C. UBERTAZZI, 1997; ZENO-ZENCOVICH, 1998; OPPO, 1998; ORESTANO, 2003). Argomenti a favore di quest'ultima interpretazione paiono desumibili anche dal dettato del d.lgs. n. 196 del 2003, laddove può scorgersi l'emersione di una frattura fra il bene-informazione ed il suo utilizzo nell'autonoma enunciazione del "diritto alla protezione dei dati personali" (art. 1), distinta dall'individuazione delle finalità ispiratrici la normativa incentrate sulle modalità di trattamento (art. 2). Mentre infatti con riguardo ai dati si prevede un diritto volto alla "protezione" delle informazioni, ovvero all'esclusione di qualsiasi impiego delle stesse in maniera non conforme alla volontà dell'individuo cui ineriscono, diversamente con riferimento al trattamento riaffiorano le esigenze di tutela della personalità. È infatti nella fase dinamica che si rende opportuno affiancare una serie di tutele all'affermato diritto sui dati, affinché l'individuo non venga abbandonato a sé stesso, in ossequio ad un mal inteso concetto di libertà di autodeterminazione, che non tiene conto delle asimmetrie informative e della debolezza contrattuale sovente caratterizzanti la posizione di chi cede i propri dati, a cui va aggiunta, in ragione dei più recenti sviluppi tecnologici, la pluralità di ipotesi in cui la natura occulta del trattamento posto in essere annulla qualsiasi possibilità di spontanea autodeterminazione. In tal senso il "diritto alla protezione dei dati personali" viene assicurato attraverso l'introduzione di precise regole di condotta a cui l'autore del trattamento deve attenersi, nonché mediante una procedimentalizzazione del trattamento medesimo al fine di assicurare in via preventiva, con evidenti finalità deterrenti, la conformità della gestione dei dati al dettato normativo.

Nel quadro ora descritto il diritto sui dati si connoterebbe dunque in maniera *sui generis* nella sua fase dinamica, onde garantire il rispetto della persona, dei suoi diritti e libertà fondamentali, dando vita ad un regime di circolazione non del tutto assimilabile a quello dei restanti beni. In tal senso, nonostante l'avvenuto esercizio del po-

tere dispositivo, permarrebbe in capo all'interessato tutta una serie di diritti che riconoscerebbero al cedente un potere di controllo sulla sorte dei dati, attuando una circolazione "controllata" e limitata del bene-informazione.

Tale modello circolatorio, benché trovi ancora resistenze, finanche nel dettato stesso del d.lgs. n. 196 del 2003, (si pensi alla ricostruzione in chiave extracontrattuale della responsabilità per aver posto in essere un trattamento difforme dalla volontà manifestata dal soggetto consenziente), pare suggerire un'impostazione più coerente tanto con una revisione della categoria dei diritti della personalità tesa ad affermare l'autonomia dei profili "informativi", quanto con una giustificazione giuridica meno artefatta dei fenomeni di mercato che tali profili coinvolgono.

Delineati in sintesi gli elementi comuni ai diritti della personalità, nei paragrafi successivi verranno presi in considerazione in maniera analitica, oltre al diritto sui dati, della cui rilevanza anche sistematica qui si è detto, quelli fra essi che maggiormente chiamano in causa l'agire della pubblica amministrazione in ragione del ruolo di promozione e di tutela che l'ordinamento ad essa attribuisce in relazione a tali profili dell'essere umano. Al riguardo va sottolineato come l'intersecarsi del piano del ragionamento privatistico con quello pubblicistico porterà ad assumere come riferimento una nozione di diritto della personalità più ampia di quella tradizionalmente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistiche, propendendo per una lettura maggiormente orientata verso i diritti fondamentali dell'uomo. Categoria, quest'ultima, che non coincide con quella qui in esame, se non per via di una parziale sovrapposizione, e rispetto alla quale è più marcata la dimensione pubblicistica anche in ragione dell'individuazione di tali diritti ad opera delle dichiarazioni adottate a livello costituzionale o a livello internazionale.

#### *4. La duplice valenza del diritto alla salute*

Il diritto alla salute, nella forma del più limitato diritto all'integrità fisica, costituisce un principio della convivenza sociale connaturato alla società umana e addirittura comune alle diverse specie animali nella sequenza integrità fisica-aggressione-vendetta. Non è dunque un caso che le codificazioni più risalenti (si pensi anche solo al Codice di Hammurabi del 1780 a.C.) offrano tutela alla persona nella sua dimensione corporea, prevedendo rimedi che vanno dalla primitiva vendetta alla legge del taglione, al sistema sanzionatorio penale, fino al risarcimento per equivalente proprio del diritto civile.

Alla natura endemica degli atti di aggressione e violenza che caratterizzano qualsiasi società, si sono poi affiancate le forme di lesione aventi origine colposa, spesso costituenti effetto collaterale dello sviluppo tecnologico: così è stato per i danni da prodotti difettosi e per quelli correlati all'impiego di macchinari da parte dei lavoratori nella fabbrica moderna, cui vanno aggiunti i pregiudizi espressione del rischio ingenerato dall'utilizzo su ampia scala di alcuni beni specifici (uno per tutti: l'automobile).

Nel tempo la tutela della persona fisica non si è tuttavia estesa solamente in maniera (potremmo dire) orizzontale, mediante l'aggiunta di nuove fattispecie, ma è anche andata "verticalizzandosi", ovvero assumendo un livello più elevato di protezione, favorendo il passaggio dalla difesa della semplice integrità fisica ad una più appagante e globale protezione della salute; salute intesa quale "*state of complete physical and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*" (Constitution of World Health Organization), non più circoscritta alla sola assenza di un *vulnus* alla dimensione corporea tangibile.

In questo cambiamento di prospettiva ruolo decisivo, sul piano dell'affermazione dei principi, hanno indubbiamente avuto le diverse dichiarazioni internazionali a tutela dei diritti della persona (*ex multis*: art. 25, Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 168, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; art. 35, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) ed il dettato della Carta costituzionale, in specie l'art. 32 Cost. ove si afferma che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". Ma proprio questa stessa asserzione è stata resa possibile solo grazie ai mutamenti sociali e culturali che hanno portato ad una maggiore attenzione per l'essere umano nel suo complesso, cogliendo il legame intrinseco ed inscindibile fra benessere fisico e psichico dell'individuo. Da ciò è derivato, sotto il profilo operativo e politico, un differente atteggiamento da parte dei poteri pubblici che, nel contesto di uno Stato sociale di diritto, sono stati chiamati a rendere operative le indicazioni delle fonti citate attraverso una serie di interventi che accomunano tanto la sanità del corpo quanto quella della psiche, spaziando dalle cure all'assistenza sociale.

Duplici è dunque la dimensione assunta dal diritto in esame sotto il profilo giuridico: da un lato se ne può affermare una rilevanza privatistica, che emerge ogniqualvolta l'agire dei consociati pregiudichi il diritto assoluto del singolo alla salute e che trova diverse epifanie in specifiche disposizioni normative; d'altro canto risulta evidente una coesistente dimensione pubblicistica che attiene al rapporto fra Stato e cittadino ed ha per oggetto le prestazioni che il secondo può le-

gittimamente attendersi dal primo a tutela del proprio benessere psico-fisico, in un contesto storico caratterizzato dalla funzione dello Stato moderno di promozione attiva del benessere dei cittadini attraverso l'intervento in campo socio-assistenziale oltre che economico.

##### 5. (segue): la dimensione pubblicistica

In ambito pubblicistico il mutato atteggiamento nei confronti della tutela della salute muove dalla precedente impostazione ottocentesca in cui prevaleva una concezione della salute quale problema di ordine pubblico, da affrontare con soluzioni normative ispirate alla preservazione della sanità collettiva, attraverso la prevenzione delle epidemie e dei contagi. Incentrando su tale aspetto l'intervento legislativo, la salute veniva ridotta ad una questione di polizia sanitaria ben lontana dal perseguimento del benessere fisico e psichico del cittadino cui guarderà successivamente l'art. 32 Cost.; non a caso anche i rari interventi finalizzati al benessere sociale si caratterizzavano per le finalità assistenziali piuttosto che a garanzia della salute, così è stato ad esempio per la l. 17 luglio 1890 n. 6972, *Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza* (sulle I.P.A.B. *infra* cap. VIII).

La disposizione della Costituzione suggella invece il superamento di tale pregressa impostazione, dal momento che la centralità della salute viene affermata non solo nell'interesse della collettività, ma *in primis* attraverso il riconoscimento in essa del contenuto di un "fondamentale diritto" dell'individuo (Cass., sez. un., 21 marzo 1973, n. 795; Cass., 9 aprile 1973, n. 999; Cass., 6 ottobre 1975, n. 3164; Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172).

È stato poi sottolineato come l'art. 32 Cost. attribuisca alla Repubblica nel suo insieme la tutela di tale diritto, ravvisando in ciò la posizione privilegiata da esso assunta anche all'interno del più ristretto ambito dei diritti sociali. La salute del singolo si pone così come fine primario che lo Stato è tenuto a perseguire nell'attuazione dei compiti affidatigli, delineando in tal maniera una scelta che riveste particolare rilievo nel contesto sociale dell'epoca in cui la Carta Fondamentale è stata promulgata, nel quale la gestione e l'amministrazione della sanità erano sostanzialmente private (FERRARA, 1997). Emerge dunque una precisa volontà politica di impegnare i poteri pubblici sul terreno della tutela della salute dei cittadini, divergente dal precedente indirizzo incentrato sulla preminente attenzione alla sola salute pubblica (emblematica di questo nuovo approccio è la legge 23 dicembre 1978, n. 833, su cui BUSNELLI, 1979). Va tuttavia osservato

come la valorizzazione del diritto in esame nelle politiche sociali risulti in concreto condizionata dai vincoli organizzativi e finanziari che incidono sull'agire dell'amministrazione e che, nello specifico, possono tradursi in una riduzione delle prestazioni erogate e conseguentemente in una limitazione della piena affermazione dello stesso (Cass., 17 maggio 2007, n. 11462; T.a.r. Liguria, 28 giugno 2006, n. 705; C. Stato, 22 aprile 2004, n. 2296; Cass., 1 settembre 2004, n. 17594).

La dimensione pubblicistica della salute non è poi destinata a rimanere compresa solamente all'interno della funzione amministrativa attinente ai servizi al cittadino, bensì riguarda anche direttamente l'agire del singolo che, in un'ottica più vicina alla pregressa impostazione incentrata sulla tutela della salute pubblica, è oggetto di disposizioni destinate a condizionarne il comportamento (si pensi alle norme del codice penale riguardanti l'incolumità pubblica o alle più specifiche indicazioni in settori "a rischio" quali ad esempio quello della produzione e commercializzazione dei medicinali). Ne deriva che anche la sola sussistenza dell'altrui diritto alla salute porta alla definizione, pure in ambito pubblicistico, di una sfera di tutela minima che assicura la protezione da comportamenti pregiudizievoli, sebbene l'efficacia di quest'ultima rimanga in gran parte dipendente dall'intervento pubblico volto al controllo ed alla repressione degli illeciti.

#### 6. (segue): *la dimensione privatistica*

La disposizione di cui all'art. 32 Cost., in quanto non riducibile a semplice indicazione di tipo programmatico indirizzata agli organi dello Stato, ma costituente esplicita garanzia del diritto alla salute (BUSNELLI, 1979), implica la possibilità di un'attivazione dello stesso in maniera diretta anche nei rapporti fra privati (C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88). Ne consegue un rafforzamento ed un valido sostegno per le teorie volte ad estendere la sfera di tutela riconosciuta dall'ordinamento alla persona oltre il limite del mero pregiudizio fisico. In proposito occorre sottolineare come, analogamente ed in concomitanza con quanto avvenuto nel contesto pubblicistico, anche con riferimento all'elaborazione del diritto alla salute da parte della dottrina e giurisprudenza civile si è assistito ad un significativo fenomeno evolutivo che ha portato ad un ampliamento del rilievo attribuito a tale situazione giuridica.

Nella specie il momento di svolta è rappresentato dal mutamento di prospettiva che si è avuto in materia di danno alla persona negli anni Settanta del secolo scorso e dall'influenza che tale nuova impo-

stazione, valorizzatrice del dettato costituzionale, ha comportato nella rilettura delle norme codicistiche (si pensi all'art. 844 c.c. sulle immissioni) e, soprattutto, nell'ispirazione ed interpretazione delle discipline di settore (dalla sicurezza sul lavoro, alla salubrità dell'ambiente, alla sicurezza dei prodotti).

Il legame fra il diritto assoluto ed il danno, in virtù del quale l'evoluzione delle teorie che riguardano quest'ultimo aspetto è destinata ad incidere sull'ambito di operatività riconosciuto al primo, è conaturato alla dimensione privatistica in esame e comporta una differenziazione rispetto al diverso contesto pubblicistico, cui si è accennato, tanto nelle pretese azionabili, quanto nelle modalità attraverso le quali si concretizza la tutela del diritto. Mentre infatti nell'uno prevale l'aspetto attivo della pretesa del cittadino nei confronti dell'amministrazione affinché la stessa offra un'adeguata struttura capace di dar risposta alle esigenze attinenti al benessere psico-fisico, nell'altro predomina invece la tutela del diritto rispetto ai comportamenti pregiudizievoli derivanti dai terzi, ragion per cui ruolo centrale è giocato dai rimedi risarcitori di tipo extracontrattuale.

Proprio sotto il profilo del ristoro per il pregiudizio patito, il riconoscimento della rilevanza autonoma del danno alla salute a prescindere dal livello di incidenza che lo stesso ha sulle capacità reddituali, effettive o presunte, del danneggiato, ha poi rivoluzionato l'intera impostazione della tutela aquiliana per i danni alla persona con la prepotente affermazione del c.d. danno biologico (POLETTI, 2007). Tale voce di danno, che accomuna la lesione subita dalla persona tanto nella sua dimensione statica psico-fisica, quanto in quella dinamica-relazionale, viene inizialmente affermata dalle corti di merito a partire dalla metà degli anni Settanta ed è giunta fino ai giorni nostri attraverso un processo che ha portato il danno biologico a confluire nel più ampio ambito del danno non patrimoniale, laddove, specie con riferimento ai pregiudizi attinenti alla dimensione psichico-esistenziale del soggetto, la distinzione fra le diverse voci di danno diviene meno nitida e nella prassi spesso assume rilevanza circoscritta.

Dirompente è stato l'impatto del mutamento di prospettiva indotto dal danno biologico; esso si può cogliere ponendo mente all'oggetto del danno risarcibile: prima di tale "innovazione" limitato (oltre che alle spese di cura) alle sole ripercussioni economiche conseguenti al mancato guadagno della vittima in ragione della riduzione della sua capacità lavorativa; successivamente invece incentrato soprattutto sulla lesione in sé e per sé considerata, rispetto alla quale divengono irrilevanti gli *status* economici ed unico parametro diventa la persona. A mutare è dunque l'orizzonte concettuale e valoriale che porta a guardare all'uomo non più come mera forza lavoro (e dun-

que risarcibile solo in termini di perdita economica), ma come individuo pregiudicato nel suo benessere corporale. Lungo e, talvolta, tortuoso è stato il percorso in tal senso, passando dapprima attraverso finzioni giuridiche (quali le presunzioni sul reddito futuro del minore, la stima della residua capacità lavorativa del pensionato, il riferimento alla retribuzione della domestica per determinare il valore economico del lavoro della casalinga), per poi dar vita a nuove voci di danno non direttamente incidenti sul profilo reddituale, seppure sempre correlate al profilo occupazionale/patrimoniale, quale il danno alla vita di relazione (inteso come “compromissione dell’attività psicofisica del danneggiato a causa della ridotta o cessata capacità di concorrenza del soggetto, rispetto agli altri, nei rapporti sociali ed economici”, così Cass., 3 giugno 1976, n. 2002, in *Mass. guir. it.*, 1976, c. 533; v. anche Cass., 6 aprile 1978, n. 1593 e Cass., 5 dicembre 1975, n. 4032). Risulta tuttavia evidente la debolezza di questi interventi “creativi” ad opera della giurisprudenza, e della dottrina, incapaci di affrancarsi da una valutazione della persona in termini di forza lavoro e nel contempo tali da costituire solamente soluzioni parziali dai contorni talvolta non definiti.

Furono i tribunali di Genova (Trib. Genova, 25 maggio 1974) e Pisa (Trib. Pisa, 10 marzo 1979) a formulare per primi un giudizio positivo sulla risarcibilità del danno alla salute in quanto tale, non inteso come mero riflesso delle possibilità reddituali, ma quale pregiudizio del diritto alla salute a tutti egualmente riconosciuto dall’art. 32 Cost. (cfr. poi: C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88; Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184; Cass., 6 giugno 1981, n. 3675). Tale impostazione risulta coerente con la nuova interpretazione che in quegli anni veniva attribuita alle norme costituzionali, non più considerate semplicemente programmatiche, bensì direttamente operanti nei rapporti fra privati, con una conseguente nuova lettura costituzionalmente orientata del diritto civile ed in specie degli istituti della responsabilità extracontrattuale.

Difficile è stata tuttavia la collocazione dogmatica di tale voce di danno, talvolta ravvisandosi nel danno biologico un terzo genere di pregiudizio, diverso tanto da quello patrimoniale quanto da quello non patrimoniale, talaltra invece sottolineandone la possibilità di valutare lo stesso direttamente ed oggettivamente in termini patrimoniali. Fulcro delle argomentazioni a riguardo è il limite posto dall’art. 2059 c.c. al risarcimento del danno non patrimoniale e la conseguente necessità di sfuggire alle strettoie di tale norma nel risarcire un danno alla salute anziché al patrimonio tradizionalmente inteso. Per molti anni prevalsero gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali tesi ad argomentare in senso favorevole ad una connotazione patrimoniale del

danno alla salute, dando vita ad un'ulteriore finzione giuridica del tutto strumentale al conseguimento degli obiettivi di politica del diritto sottesi al risarcimento del danno biologico. Tale ossimoro del danno biologico patrimoniale è poi venuto meno di recente grazie all'intervento di semplificazione e chiarificazione posto in essere dalla Cassazione a partire dalle pronunce del 2003 (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), la cui impostazione è stata poi avallata dalla Corte Costituzionale (C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233). Con tali decisioni è stato ricondotto a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, attraverso l'affermazione di un modello bipolare composto dal danno patrimoniale e da quello non patrimoniale. Viene così accreditata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., che porta a ritenere inoperante il limite alla risarcibilità ivi previsto laddove la lesione riguardi valori costituzionalmente garantiti, quali quelli inerenti la persona. Nel contempo viene affermata una nozione ampia di danno non patrimoniale (in cui ricadono tanto il danno morale soggettivo, quanto il danno biologico ed il più indefinito "danno esistenziale"), inteso come danno da lesione di valori inerenti la persona e non più solo come danno morale soggettivo (consistente nella mera sofferenza contingente, nel turbamento dell'animo transeunte, determinati da fatto illecito integrante reato).

Con un ulteriore intervento di sistematizzazione, operato questa volta dalle Sezioni unite di Cassazione (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973), confermando l'impostazione delle precedenti pronunce del 2003, è stato ulteriormente precisato come nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale non emergano distinte sottocategorie (quali ad esempio quella del danno biologico) se non "a fini descrittivi".

A completare il quadro va infine richiamato il dettato legislativo che agli artt. 138, c. 2, lett. a, e 139, c. 2, del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209, *Codice delle assicurazioni private*, offre una definizione normativa di danno biologico quale "lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Apprezzata la rilevanza di carattere generale assunta dalla tutela della salute all'interno della protezione che il diritto privato offre alla persona, occorre da ultimo porre attenzione alle diverse epifanie del diritto in esame che affiorano all'interno della normativa civilistica, ponendo così mente alle disposizioni sulle immissioni, sulla sicurezza

del lavoratore, fino alle più recenti leggi in materia di sicurezza dei prodotti e protezione del consumatore.

Nello specifico, il limite della tollerabilità delle immissioni ed i più ampi e diversificati limiti alle immissioni inquinanti e nocive derivanti dalle leggi speciali non riguardano unicamente i rapporti di vicinato, ma, secondo le interpretazioni più recenti, segnano altresì il mobile confine fra l'esercizio del diritto di proprietà e la tutela della salute. Specie con riferimento all'art. 844 c.c. si giunge a tale conclusione operando un'interpretazione estensiva della norma, costituzionalmente orientata, in relazione al profilo della salute individuale che viene così ad essere tutelata attraverso una serie di restrizioni tanto a carico del proprietario di immobili quanto dell'imprenditore (Cass., 11 aprile 2006, n. 8420; Cass. 3 febbraio 1999, n. 915; in dottrina: SCALISI, 1982; D'ANGELO, 1978; PATTI, 1987; PATTI, 1979; ZATTI, 1988; BIANCA, 1999).

In tale ottica la presenza di un diritto assoluto, qual'è quello alla salute, comporta immediatamente un livello minimo di tutela della persona, tutela che però necessita sempre della presenza di specifici rimedi giudiziari, ma soprattutto, affinché possa davvero essere efficace, di un sistema pubblico di controlli e di rilevamento delle infrazioni, non essendo in molti casi il titolare del diritto autonomamente in grado non solo di attivarsi efficacemente a tutela dello stesso, ma talvolta neppure di percepirne la violazione.

Un'altra disposizione privatistica che concorre a garantire un livello minimo di tutela della salute del singolo, senza richiedere un intervento attivo nella realizzazione di tale obiettivo da parte della pubblica amministrazione, è poi ravvisabile nel disposto dell'art. 2087 c.c. Tale norma nel prevedere che "L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro" fissa infatti un principio generale, poi attuato in maniera analitica con diverse leggi speciali, secondo cui nel peculiare contesto dell'ambiente di lavoro è posto a carico del datore l'obbligo di fornire un livello minimo di protezione della salute dei propri dipendenti. Nello specifico l'art. 2087 c.c. non si limita a prevedere un obbligo negativo avente ad oggetto i comportamenti pregiudizievoli, bensì impone un *facere* positivo al datore di lavoro volto ad una concreta prevenzione del rischio, prevenzione che non assume una dimensione statica né normativa (limitata a quanto richiesto dalle disposizioni *ad hoc*), bensì dinamica, dovendo tenere conto dell'evoluzione tecnologica tanto sotto il profilo dei nuovi rischi quanto sotto quello antagonista delle misure atte a contrastarli. Ne deriva dunque un quadro in cui il rap-

porto negoziale è plasmato dal legislatore in maniera tale da non poter avere ad oggetto di scambio il diritto alla salute, non suscettibile di specifiche pattuizioni “affinché la sfera personale del prestatore, che entra in contatto (e in potenziale collisione) con quella dell’impresa, non debba essere compressa, lesa o annullata” (MONTUSCHI, 2000).

Da ultimo merita sottolineare come anche con riferimento al frammentato ambito del danno da prodotti trovi spazio l’attribuzione ai privati, in specie alle imprese, di specifici compiti a tutela della salute dei terzi (consumatori). In specie, ai sensi dell’art. 117, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, *Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229*, “un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze”, secondo un concetto di sicurezza intesa in maniera non assoluta, bensì relativa. Pur tuttavia, nonostante tale relativizzazione e nonostante le eccezioni previste dalla legge (v. art. 118 d.lgs. n. 206 del 2005), è indubbio che l’introduzione della responsabilità in capo al produttore per i danni ingenerati dai difetti di produzione e progettazione o dall’inadeguatezza delle istruzioni d’uso inerenti i prodotti comporti necessariamente un’ulteriore forma di protezione (anche) dell’integrità fisica degli utilizzatori, conseguita attraverso l’impiego dello strumento della responsabilità civile per i danni alla persona.

#### *7. L’assolutezza del diritto nell’interazione con l’agire della pubblica amministrazione*

Alla luce dei diversi profili considerati e di quanto affermato si può tentare di trarre alcune conclusioni circa la rilevanza assunta dalla connotazione del diritto alla salute come diritto assoluto e l’implicazione che tale natura ha nel rapporto con l’agire dell’amministrazione. Ponendo mente in specie ai differenti casi esemplificativi emergenti dalla normativa di dettaglio, ma anche in ragione della rilevanza assunta dal diritto in esame all’interno della tutela aquiliana, si può ritenere che la disciplina privatistica offra un livello di tutela minima con riferimento a tale interesse della persona; tutela che però non è in grado di realizzarsi se non attraverso l’intervento del sistema giudiziale e, in molti casi, risulta inefficiente se non accompagnata a forme di controllo preventivo e di sanzione degli illeciti poste in essere dai poteri amministrativi.

Tale livello di tutela minima della salute necessita poi, secondo l’impostazione della nostra Costituzione e dei più generali principi

ispiratori affermatasi a livello internazionale, di una significativa integrazione ad opera degli istituti propri dello Stato sociale di benessere, rispetto ai quali la posizione del singolo trascolora nell'interesse collettivo. Così accanto alle disposizioni sulle immissioni coesistono le norme a difesa della quiete pubblica e dell'ambiente, gli obblighi di sicurezza del datore di lavoro trovano rafforzamento e concreta attuazione grazie agli organismi della pubblica amministrazione deputati alla sorveglianza sull'ottemperanza agli stessi, la sicurezza dei prodotti è accompagnata da una diversificata rete di controlli facenti capo a vari soggetti pubblici.

Dal quadro d'insieme, superando i rigidi confini fra diritto pubblico e privato per una visione giuridica unitaria del fenomeno, emerge dunque un concorso dei poteri pubblici con l'agire privato nella tutela del diritto alla salute, laddove i limiti posti all'esercizio dei diritti antagonisti dei singoli consentono una riduzione dei pregiudizi arrecati alla salute, ma da soli non sono sufficienti per una reale difesa della stessa cui deve necessariamente concorrere lo Stato attraverso i propri istituti di *welfare*.

#### 8. *Le origini della nozione di privacy*

Nell'affrontare il tema del c.d. diritto alla *privacy* occorre preliminarmente fare chiarezza sull'impiego del termine *privacy* che, secondo la vulgata ormai in uso, ha finito per aggregare in un'unica voce tutto ciò che tradizionalmente rientrava nell'ambito del diritto alla riservatezza unitamente a quanto è ora ascrivibile alla protezione dei dati personali. Occorre tuttavia distinguere questa *privacy* "all'italiana" dall'originario *right to privacy* statunitense (BALDASSARRE, 1974) da cui il termine è stato mutuato. Capita infatti, talora anche in alcuni scritti giuridici, di vedere accostati senza soluzione di continuità il celeberrimo saggio di Warren e Brandeis (WARREN-BRANDEIS, 1890) e la vigente normativa sui dati personali, suggerendo in tal modo la fuorviante idea di una ricezione di categorie concettuali che invece non si è avuta.

Rintracciare l'origine del *right to privacy* nordamericano, onde coglierne compiutamente la complessità, risulta apparentemente assai agevole, proprio in ragione del summenzionato scritto di Warren e Brandeis, costituente la pietra miliare in materia. L'opera dei due giuristi bostoniani non rappresenta tuttavia una creazione *ex novo*, ma semmai una rifondazione di un diritto già noto e tutelato, benché secondo logiche differenti: antecedentemente la sfera privata veniva infatti protetta (solamente) in quanto espressione del diritto di proprietà

e, di conseguenza, risultava circoscritta nei confini fisici definiti da quest'ultimo. Una vicenda era dunque privata non in ragione della sua natura, degli aspetti personali che metteva a nudo, bensì in ragione del luogo in cui era accaduta.

La svolta apportata da Warren e Brandeis consiste invece proprio nel porre al centro della tutela della vita privata la persona in sé e per sé, la privatezza dei fatti e delle idee in quanto espressioni dell'individuo e non quale mero riflesso della protezione garantita al luogo o ai documenti in cui questi manifesta la propria indole. Nello scritto dei due autori si assiste dunque ad una rottura operata con il passato, abbandonando la tradizionale concezione "proprietaria" della *privacy* per approdare ad una visione personalistica ed individuale della stessa (*privacy-dignity*), con una valenza di vero e proprio attacco ai valori sociali dominanti dell'epoca, essendo gli Stati Uniti di fine Ottocento ancora saldamente una "società di proprietari", ragion per cui occorreranno molti anni affinché la nuova interpretazione possa affermarsi.

Non deve in proposito indurre in errore il fatto che sin da subito il *right to privacy* venga riconosciuto dalle corti in diverse pronunce: sono infatti marginali le fattispecie di *public disclosure of private facts*, prevalendo invece quelle in cui la difesa della *privacy* risulta funzionale alla tutela dello sfruttamento economico degli attributi della personalità (PROSSER, 1960), in maniera coerente proprio con quella concezione proprietaria oggetto di critica da parte di Warren e Brandeis. Il successo comunque riscontrato dall' "etichetta" *right to privacy* ha avuto come effetto non solo l'oscuramento del contributo originale offerto dal saggio del 1890, ma altresì la "dilatazione" dell'ambito di tutela correlato a tale diritto, spinto ben oltre i confini della protezione dalle indebite ingerenze nella vita privata, dando vita in tal modo a quella nozione poliedrica di *privacy* che sarà destinata a permanere nell'ordinamento statunitense.

Per assistere alla piena affermazione dell'idea di *privacy* così come intesa da Warren e Brandeis occorrerà attendere i cambiamenti sociali che verranno in essere fra gli anni Trenta e gli anni Sessanta del secolo scorso e le rilevanti tensioni che ne conseguiranno, da cui emergerà un nuovo contesto non più refrattario alle idee riformatrici avanzate decenni prima dai due giuristi. Tale evoluzione risulterà inoltre favorita dal concomitante sviluppo della tecnologia e dei *media*. Da un lato infatti l'impiego di nuovi strumenti di controllo a distanza metterà a nudo l'incongruenza e l'inadeguatezza di una tutela della *privacy* di tipo "perimetrale" a matrice proprietaria, mentre d'altro canto l'evoluzione degli strumenti di comunicazione di massa, alla cui capacità invasiva il *right to privacy* nella declinazione datane nello

scritto pubblicato sulla *Harvard Law Review* nasce strettamente connesso, indurrà un aumento delle ipotesi di *public disclosure of private facts* e del relativo contenzioso.

Resistenze ad accettare la rappresentazione del *right to privacy* come diritto dell'individuo che prescinde dai confini dominicali si ravvisano per molti anni anche nel differente contesto dei rapporti fra cittadino e pubblici poteri, ovvero nell'altro ambito in cui il concetto di *privacy* sarà poi destinato ad affermarsi, rivelando ancora una volta la propria natura proteiforme. I mutamenti che caratterizzano la società americana durante il periodo che va dagli anni Trenta agli inizi degli anni Sessanta inducono infatti i giudici della Corte Suprema a non concedere troppo spazio alle autonomie individuali, onde consentire un più agevole mantenimento del controllo sociale e dell'ordine pubblico. Un più ampio riconoscimento del *right to privacy*, con conseguenti maggiori limitazioni delle pratiche intrusive (quali ad esempio le intercettazioni e le perquisizioni) si sarebbe poi rivelato infausto anche per il raggiungimento delle finalità di contrasto della criminalità organizzata, che in quegli anni costituiva un obiettivo primario di pubblica sicurezza.

Superate tali resistenze, la lettura delle norme costituzionali teorizzata da Brandeis riuscirà finalmente ad affermarsi (*Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965)), dando vita ad una nozione di *right to privacy*, che, analogamente a quanto accaduto nella giurisprudenza dei giudici ordinari, anche nelle decisioni della Corte Suprema sarà destinata ad assumere un'ampia latitudine, spaziando dalla *political privacy* all'*associational privacy*, dalla *privacy of counsel* alla libertà sessuale e di aborto. Ne emergerà così infine un diritto, dai confini talora poco nitidi, incentrato sulla libera autodeterminazione del singolo rispetto all'agire dei pubblici poteri.

Dalla ricostruzione dei caratteri essenziali e dell'evoluzione delle due declinazioni di *right to privacy* individuate nell'ordinamento statunitense, così come tratteggiati in estrema sintesi, emerge evidente che tanto l'*informational privacy* quanto la *decisional privacy* non risultano assimilabili alla nozione di diritto alla riservatezza venuta in essere nel nostro ordinamento, né a quella di diritto sui dati personali. Vero è che, limitatamente al rapporto fra agire dei *media* e vita privata, nonché per specifici aspetti attinenti l'autodeterminazione informativa, alcune analogie e sovrapposizioni concettuali possono ravvisarsi, tuttavia il "gigantismo" del *right to privacy* statunitense non permette di mutuare la medesima categoria concettuale per definire unitariamente i risultati dell'esperienza italiana.

Con riguardo al rapporto esistente fra il *right to privacy* nordamericano e la concezione di "privacy" affermatasi nel nostro ordina-

mento, va poi osservato come non solo non vi sia coincidenza fra le due nozioni, ma neppure sia possibile ravvisare nella rilevanza assunta dal primo un fattore capace di condizionare, o comunque di sollecitare, la riflessione sul diritto alla riservatezza avutasi in Italia, né tanto meno di incidere sulle posizioni assunte dalla giurisprudenza.

Sul punto basti osservare come sia gli studiosi che per primi si mostrarono sensibili al tema del riserbo, sul finire degli anni Trenta del secolo scorso, sia quelli che presero parte al ben più animato dibattito intercorso fra gli anni Cinquanta e Sessanta, diedero prova di ignorare sostanzialmente tanto lo scritto di Warren e Brandeis quanto, più in generale, la dottrina americana, sebbene esistesse già una vasta letteratura sul *right to privacy*. Diversi erano invece i richiami agli scritti di Kohler, segno dell'evidente influenza germanica di cui risentiva la dottrina italiana di quegli anni, specie in tema di diritti della personalità. Solo gli studi comparatistici consentiranno una maggior conoscenza e consapevolezza delle origini del *right to privacy* (LIGI, 1956; GIORGIANNI, 1970), pur senza influire sostanzialmente sul dibattito in atto, vertendo quest'ultimo in prevalenza sull'analisi del diritto italiano, ovvero sulla possibilità o meno di ravvisare nel nostro sistema giuridico indici normativi idonei ad offrire adeguata tutela al riserbo. Si trattava dunque di una diatriba quasi interamente volta verso l'interno, con conseguente scarsa considerazione dei materiali stranieri, sia dottrinali che giurisprudenziali. Posizioni analoghe sono riscontrabili anche nelle pronunce delle corti, in cui si ritrovano gli echi dell'una o dell'altra affermazione dottrinale, mentre mancano richiami all'esperienza nordamericana.

Si evince dunque come nel *right to privacy* statunitense non sia possibile ravvisare l'archetipo del diritto alla riservatezza affermatosi in Italia e come, se proprio si vuole individuare un modello e limitatamente alla sola elaborazione dottrinale, lo sguardo non debba volgersi all'opera di Warren e Brandeis, ma semmai agli scritti degli autori di lingua tedesca; va poi escluso che la dottrina germanica abbia a sua volta risentito dell'elaborazione statunitense del *right to privacy* (STRÖMHOLM, 1967).

## 9. L'esperienza italiana

Con riguardo alla specifica evoluzione del diritto alla riservatezza in Italia, occorre invece prendere le mosse dal cennato dibattito dottrinale iniziato intorno alla metà degli anni Cinquanta, che fa da contrappunto alle alterne decisioni della Corte di Cassazione in materia. In quest'epoca si riscontra una spaccatura nella dottrina, in parte pro-

pensa a ritenere pienamente riconosciuto dall'ordinamento il diritto alla riservatezza, in parte invece impegnata a negare ogni tutela alla sfera privata se non limitatamente a quegli aspetti già espressamente considerati dal legislatore, quali l'immagine, il nome o il segreto (*e multis* DE CUPIS, 1960 e PUGLIESE, 1954). Analoga divisione si ravvisa anche nella giurisprudenza, ove però la frattura, usando un linguaggio figurato, non è orizzontale bensì verticale: mentre le corti di merito paiono sempre più indirizzate a confermare la piena cittadinanza del diritto alla riservatezza nel nostro ordinamento, la Cassazione mantiene un atteggiamento di netta chiusura (Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487). Solamente nei primi anni Sessanta la Cassazione abdicò al proprio orientamento, sebbene in forma ancora criptica, ammettendo l'esistenza di un non meglio definito "diritto alla libera autodeterminazione nello svolgimento della personalità", fondato sul dettato dell'art. 2 Cost. (Cass. 20 aprile 1963, n. 990), mostrando così di avvertire e recepire l'oramai ineludibile esigenza di tutela del riserbo presente nella società. Ai giudici manca tuttavia il "coraggio" di creare una brusca frattura con il passato ammettendo apertamente l'esistenza del diritto alla riservatezza, preferendo invece rifugiarsi in una motivazione sibillina, che formalmente nega l'esistenza del diritto alla riservatezza, ma di fatto ne assicura la tutela.

Seppure con i limiti anzidetti pare dunque corretto ravvisare in tale pronuncia il *leading case* della giurisprudenza di Cassazione in materia. Se si guarda infatti alla tutela concretamente garantita, la successiva decisione del 1975 sul caso Esfandiari, in cui esplicitamente la Suprema Corte pone in essere un *revirement* del proprio orientamento maturato con riguardo al diritto alla riservatezza (Cass. 27 maggio 1975, n. 2129), non pare aggiungere nulla di nuovo se non sotto il profilo nominale ed argomentativo.

Certamente con la pronuncia del 1975 viene comunque a cessare ogni diatriba sull'ammissibilità del diritto alla riservatezza e si consolida anche nelle corti di merito la tendenza ad individuare nella violazione del riserbo un concreto pregiudizio alla persona. L'attenzione dei giudici si sposta ora sull'individuazione dei criteri idonei a valutare la sussistenza di cause di giustificazione che rendano legittimo l'esercizio del diritto di cronaca nonostante la lesione della riservatezza.

Non pare tuttavia questa la sede per una disamina del complesso rapporto fra diritto di cronaca e tutela della vita privata, così come è venuto modellandosi per effetto dell'opera della giurisprudenza negli ultimi quarant'anni (cfr. MANTELETO, 2000); certo è che con il tempo si è assistito ad una progressiva ipertrofia del primo a discapito della seconda, spesso in nome di un mal inteso interesse pubblico; solamente di recente, a seguito dell'entrata in vigore della nor-

mativa sui dati personali e dell'allegato codice deontologico dei giornalisti, nonché in virtù dell'operato del Garante per la protezione dei dati personali, si è assistito ad un ritorno all'equilibrio del rapporto fra gli opposti interessi.

Proprio il riferimento alla disciplina dei dati personali mette tuttavia in luce l'anomalia del contesto italiano, ove l'*informational privacy* non ha avuto uno sviluppo armonico in tutte le direzioni, avendo assunto maggior rilievo l'aspetto connesso al rapporto con i *media* ed essendo invece rimasto in ombra il restante rilevante ambito della tutela delle informazioni personali, riservate o meno, raccolte da diversi soggetti per le finalità più disparate. Non a caso la dottrina, riferendosi al trattamento dei dati, ha spesso evocato l'idea di una nuova dimensione del riserbo o della *privacy*; una dimensione che sebbene indagata dagli studiosi del diritto (MARTINOTTI, 1971; RODOTÀ, 1973; AA.VV., 1981; MATTEUCCI, 1981; GAMBARO, 1985; ZENO-ZENCOVICH, 1985), ha visto un deplorable ritardo del legislatore nella ricezione dei modelli di tutela diffusi nel resto d'Europa (fa eccezione l'ambito giuslaburistico, ove già nello Statuto dei lavoratori sono contenute specifiche disposizioni inerenti alcune forme di trattamento dei dati personali).

Solo nell'ultimo scorcio del secolo scorso quando, dopo diversi vani tentativi (le prime proposte legislative in materia risalgono agli anni Ottanta, nel periodo in cui in quasi tutta Europa si stavano elaborando specifiche discipline sui dati personali), in seguito all'attuazione della direttiva 95/46/CE si è finalmente venuto a concretizzare un quadro normativo di tutele (l. 31 dicembre 1996 n. 675, *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*, su cui *ex multis*: LOSANO, 2001 e PARDOLESI, 2003), ponendo fine all'anomalia tutta italiana del "libero mercato" dei dati personali.

Per comprendere in modo pieno l'attuale regolamentazione occorre dunque porre preliminarmente attenzione alla pluridecennale evoluzione della *data protection*, al fine di cogliere le ragioni e le dinamiche sottostanti a quell'equilibrio di interessi che si è venuto a creare nel tempo in Europa, a far data dagli anni Settanta fino alla direttiva del 1995, e che l'inerzia dei legislatori italiani ha fatto sì che sia stato recepito *ex abrupto* nella sua forma più avanzata, in un ordinamento privo di alcun specifico retroterra giuridico e culturale.

In primo luogo va osservato come la *privacy* intesa come controllo sulle informazioni che riguardano ciascuno costituisca acquisizione ben più recente del *right to privacy* di fine Ottocento; tale nuova declinazione dell'originario concetto risulta infatti strettamente legata alla rivoluzione informatica, quando la comparsa dei primi "calcolatori" suscitò emozioni contrastanti: si vide in essi l'espressione

più avanzata della modernità e nel contempo quella più angosciante, rappresentata dall'idea di una sorveglianza automatizzata, generalizzata e penetrante.

Apparentemente da tale iniziale informatizzazione, che coinvolse prevalentemente la pubblica amministrazione, non sarebbe dovuto scaturire alcun problema per la *privacy* dei cittadini intesa in senso tradizionale, poiché i dati elaborati costituivano informazioni pubbliche, spesso liberamente accessibili, e comunque lecitamente note all'amministrazione. Tuttavia l'impiego di sistemi automatizzati per il trattamento delle informazioni muta radicalmente il contesto: improvvisamente i dati contenuti in schede polverose sparse nei vari archivi, ove non sempre era agevole districarsi e sicuramente occorreva tempo per raggruppare le informazioni in un quadro complessivo, divengono *bit* e, come tali, possono essere rapidamente aggregati, analizzati e raffrontati. Tenuto conto della grande quantità di dati raccolti dalle amministrazioni pubbliche è chiara la percezione di totale "nudità" che conseguentemente affiora nell'animo dei cittadini, dal momento che ciò che prima era possibile solamente per longevi funzionari di piccoli comuni, capaci di ricordare a memoria i dati di ciascuno, ora è possibile per chiunque abbia accesso ad un terminale collegato con un calcolatore elettronico adeguatamente programmato e dotato di banca dati. Questi timori vengono poi acuiti dalla progressiva informatizzazione che negli stessi anni inizia a coinvolgere anche le burocrazie private delle grandi imprese, fino ad identificare nel *computer* il Grande Fratello di orwelliana memoria.

Simili cambiamenti fanno così emergere una nuova dimensione della *privacy* incentrata sul controllo, piuttosto che sulla segretezza, dei dati personali; accanto alla libertà in senso negativo consistente nel non rendere di dominio pubblico le informazioni di carattere riservato se ne afferma così una positiva, rappresentata dal diritto di conoscere e di vigilare sul destino delle informazioni concernenti la propria persona.

È in questo contesto che maturano i primi interventi normativi di risposta a tali preoccupazioni, dal momento che la rilevanza ormai assunta dalle informazioni personali e l'importanza di una loro efficace gestione attraverso l'informatizzazione dei sistemi, impediscono di limitare oltremodo l'impiego delle tecniche digitali. Il riconoscimento in capo ai soggetti interessati di specifiche garanzie volte a scongiurare eventuali abusi risulta dunque soprattutto finalizzato ad evitare il radicarsi di un'avversione rispetto alla comunicazione delle informazioni personali richieste.

Vengono così alla luce le leggi "di prima generazione" a tutela dei dati personali (il primo organico intervento normativo, risalente al

1970, è rappresentato dalla legge regionale del *land* dell'Assia, appartenente all'allora Repubblica Federale Tedesca, a cui fa seguito tre anni dopo la prima legge nazionale sulle banche dati: il *Datalagen* svedese), caratterizzate per essere incentrate sul doppio cardine del controllo pubblico e privato: da un lato si prevedono infatti la pubblicità degli archivi, ricorrendo allo strumento dell'autorizzazione a costituire nuove banche dati, e l'attribuzione ad autorità statali di compiti di vigilanza sulla gestione degli archivi e di garanzia dei diritti degli interessati, mentre d'altro canto viene consentito a ciascuno di conoscere le modalità di trattamento dei propri dati mediante l'esercizio del diritto di accesso.

Questo modello originario, studiato per una realtà connotata dalla presenza di un numero limitato di *mainframe*, quale è quella dominante all'epoca, deve tuttavia essere ripensato nel tempo onde adeguarlo ai cambiamenti propri delle applicazioni informatiche. Già a partire dalla metà degli anni Sessanta, con il progressivo affermarsi dell'informatica distribuita ed il conseguente passaggio dalle grandi unità centrali ai *computer* da tavolo, l'idea di un controllo preventivo di tipo autorizzativo diviene infatti inadeguata e si opta per la semplice notifica obbligatoria dell'avvenuta costituzione di una nuova banca dati.

Nel corso degli anni Ottanta del Novecento poi anche tale impostazione si rivela obsoleta, per una duplice ragione: da un lato il controllo sugli archivi elettronici esistenti diviene un'opera assai ardua, potendo chiunque creare una base di dati con il proprio *home-computer*, e d'altro canto emerge sempre più il rilievo economico delle informazioni. I dati personali, a seguito dei mutamenti nelle tecniche di *marketing*, non servono più solamente per l'esecuzione del contratto, bensì divengono una primaria risorsa strategica per lo sviluppo delle politiche commerciali aziendali che, attraverso la profilazione dei clienti e le analisi delle loro esigenze, mirano ad un modello di produzione sempre più personalizzato. Lo sviluppo dei nuovi servizi della società dell'informazione non farà poi che acuire tale propensione inducendo un'ulteriore e più ampia raccolta di dati sulle abitudini degli utenti e sui loro rapporti sociali.

Se però la disponibilità di ricche basi di dati diviene un valore economicamente valutabile per l'impresa, allora il singolo dato personale risulta apprezzabile in termini monetari e conseguentemente non può più considerarsi equa l'esclusione del soggetto interessato dalle operazioni commerciali che hanno per oggetto le informazioni che lo riguardano. Per tali ragioni risulta inadeguato il precedente modello normativo incentrato sul controllo e sulla prevenzione degli abusi, rendendosi invece necessario il coinvolgimento diretto del sin-

golo nel grande mercato dei dati. In tal senso vanno la direttiva 95/46/CE ed il d.lgs. n. 196 del 2003 (su cui *e multis*: CARDARELLI-SICA-ZENO-ZENCOVICH, 2004; MONDUCCI-SARTOR, 2004; SANTANIELLO, 2005; SICA-STANZIONE, 2005; C.M. BIANCA-BUSNELLI, 2007) che ne è la più recente attuazione (avendo abrogato il precedente sistema normativo incentrato sulla l. n. 675 del 1996), dando rilievo al consenso del singolo al trattamento dei dati.

Accanto al binomio costituito dal diritto sui propri dati personali (GIANNANTONIO, 1999) e dal consenso (artt. 1 e 23, d.lgs. n. 196 del 2003), volto ad offrire un livello minimo di protezione al singolo ricorrendo agli “strumenti” privatistici, emerge tuttavia la dimensione procedimentale della regolamentazione introdotta, laddove alla centralità della volontà individuale si affianca necessariamente la funzione di prevenzione e controllo posta in essere dalla pubblica amministrazione.

L'attenzione del legislatore si è così focalizzata sulla definizione di *standard* operativi tecnici e comportamentali in grado di impedire, o quanto meno ridurre, *ex ante*, l'illecito trattamento dei dati, secondo un approccio che però non si traduce in un agire paternalistico, bensì manifesta la consapevolezza della complessità delle operazioni di trattamento dei dati, rispetto alle quali può risultare difficile per l'interessato comprendere e ponderare autonomamente i rischi correlati, specie in presenza di forti asimmetrie informative. Perché vi siano effettive garanzie di rispetto delle procedure imposte diviene però insufficiente il semplice riconoscimento al singolo dei diritti di accesso (art. 7, d.lgs. n. 196 del 2003), posto che non di rado l'interessato non ha neppure piena conoscenza degli stessi o comunque non sempre è in grado di farli valere; occorre invece l'intervento dei poteri pubblici. Nella specie dipende dall'agire del Garante per la protezione dei dati personali – ed in minor parte anche dal giudice ordinario (artt. 145 e 152, d.lgs. n. 196 del 2003) – la possibilità di assicurare davvero una tutela non meramente formale al “diritto alla privacy”, attraverso azioni non solo individualizzate (artt. 141 ss., d.lgs. n. 196 del 2003), ma anche di livello sistemico per mezzo di indicazioni e provvedimenti vincolanti, oltre che facendo ricorso alla mediazione sul piano politico-legislativo (art. 154, d.lgs. n. 196 del 2003).

### 10. *Il trattamento dei dati personali in ambito sanitario*

L'importanza dell'agire sinergico fra legislatore ed autorità indipendente ben si evidenzia proprio con riferimento al trattamento dei dati sensibili posto in essere nel settore sanitario, laddove a fronte di

un quadro normativo già dettagliato (artt. 75 ss., d.lgs. n. 196 del 2003), diversi rilevanti provvedimenti del Garante hanno concorso a dar vita ad un *corpus* organico di regole.

Punto centrale di tale sottoinsieme è ovviamente la nozione di dato sensibile (art. 4, c. 1, lett. d, d.lgs. n. 196 del 2003), quale informazione “idonea a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale” di una persona, e la peculiare disciplina cui è sottoposta tale categoria di dati (v. in specie, con riferimento all’attività della pubblica amministrazione, artt. 20 e 22, d.lgs. n. 196 del 2003), volta a garantirne una tutela rafforzata in ragione della peculiarità degli stessi, capaci di mettere a nudo gli aspetti più intimi e caratterizzanti dell’individuo con il rischio di esporlo ad atteggiamenti discriminatori o limitativi delle proprie libertà. In tale ottica i soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili indispensabili per lo svolgimento delle attività istituzionali, che non possano essere adempiute ricorrendo al trattamento in forma anonima, adottando inoltre un più elevato *standard* tecnico di protezione (art. 22, cc. 6 e 7, d.lgs. n. 196 del 2003). Per questa ragione è stato ritenuto non conforme alla legge, né giustificata dal principio di trasparenza dell’agire amministrativo, la pubblicazione sul sito di una Regione delle graduatorie dei disabili beneficiari di un contributo dell’ente locale con l’indicazione, accanto ai nominativi, delle diverse patologie, considerando la diffusione di informazioni eccedente rispetto alle finalità perseguite (prov. Garante, 17 settembre 2009, consultabile sul sito ufficiale del Garante per la protezione dei dati personali, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), doc. web n. 1658335).

Con specifico riferimento poi agli esercenti le professioni sanitarie ed agli organismi sanitari pubblici, il trattamento dei dati inerenti la salute può avvenire solamente con il consenso informato dell’interessato (eventualmente espresso con modalità semplificate, v. artt. 77 ss., d.lgs. n. 196 del 2003) e anche senza l’autorizzazione del Garante (v. autorizzazione n. 2/2009 del 16 dicembre 2009, doc. web. 1682956), qualora l’impiego dei dati si renda indispensabile per perseguire una finalità di tutela della salute o dell’incolumità fisica dell’interessato; acquisito il consenso, il medico dovrà comunque limitarsi a raccogliere solo le informazioni sanitarie necessarie ad assicurare una corretta assistenza (prov. Garante, 12 novembre 2009, doc. web n. 1673588).

Si potrà invece prescindere dal consenso, ma non dall’autorizzazione del Garante, qualora il trattamento risulti necessario a tutela della salute o dell’incolumità fisica di terze persone o della collettività. Analogamente non occorrerà il consenso in relazione all’impiego di informazioni personali per lo svolgimento da parte del SSN delle attività di cui all’art. 85 d.lgs. n. 196 del 2003, nonché in relazione ai

diversi compiti amministrativi di carattere socio-assistenziale indicati dal successivo art. 86.

Il quadro normativo così sinteticamente delineato trova poi completamento in diversi interventi del Garante con cui sono state fissate specifiche prescrizioni vincolanti per gli operatori dei servizi sanitari. A tal riguardo va in primo luogo richiamato il provvedimento generale del 9 novembre 2005 (doc. web n. 1191411) inerente le misure da adottarsi al fine del rispetto dei diritti riconosciuti all'interessato dalla normativa sui dati personali all'interno delle strutture sanitarie. Con tale atto viene ribadita la centralità della tutela della dignità del paziente e vengono altresì indicate specifiche disposizioni di dettaglio inerenti la riservatezza nei colloqui, le distanze di cortesia, l'apprensione di notizie sanitarie dai servizi di pronto soccorso ed ospedalieri, le chiamate in sala d'attesa, la comunicazione di informazioni inerenti lo stato di salute a soggetti diversi dall'interessato (previo il consenso di quest'ultimo), il ritiro dei referti.

Particolare attenzione meritano poi i più recenti provvedimenti riguardanti l'informatizzazione delle prestazioni sanitarie e l'accesso ai servizi mediante reti di comunicazione telematiche, in ragione dei problemi che il processo di ammodernamento tecnologico della sanità pubblica pone sotto il profilo della sicurezza dei dati e della libertà di autodeterminazione. In proposito con provvedimento generale del 16 luglio 2009 (doc. web n. 1634116) il Garante ha approvato le linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e di *dossier* sanitario, prevedendo che il paziente debba poter liberamente scegliere, attraverso la manifestazione di uno specifico consenso informato, se far costituire o meno una raccolta unitaria in formato elettronico di tutte o alcune delle informazioni sanitarie che lo riguardano, consultabile dal paziente stesso e dal personale sanitario autorizzato. Da ultimo un recente provvedimento generale del 19 novembre 2009 (doc. web n. 1679033) ha poi fissato specifiche linee guida in tema di accesso ai referti mediante via telematica da parte dei pazienti, prevedendo rigorose misure a protezione dei dati sanitari degli interessati, cui è rimessa la libertà di aderire o meno al servizio sulla base di uno specifico consenso informato; il referto elettronico, che sarà accessibile *on-line* per un periodo di tempo limitato, non sostituirà in ogni caso quello cartaceo che rimarrà comunque disponibile.

### *Bibliografia*

- AA.VV., *Banche di dati e tutela della persona*, Roma, 1981;  
G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la Famiglia, 1, Le persone fisiche e i di-*

- ritti della personalità, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2006;
- A. BALDASSARRE, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 242 ss.;
- C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.leg. 30 giugno 2003 n. 196 («codice della privacy»)*, tomo I e II, Padova, 2007;
- N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. IV, Roma, 1994, 365 ss.;
- F.D. BUSNELLI, *Note introduttive al Commentario della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1189 ss.;
- F. CARDARELLI, S. SICA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004;
- G. D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile e il diritto alla salute*, in F.D. BUSNELLI e U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 426 ss.;
- A. DE CUPIS, *Diritto alla riservatezza*, in *Temi*, 1960, 178 ss.;
- L. FERRARA, *Riproduzione abusiva di ritratto altrui*, in *Dir. Aut.*, 1938, 501 ss.;
- M. FERRARA-SANTAMARIA, *Il diritto alla illesa intimità privata*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, 173 e 177;
- M. FERRARA-SANTAMARIA, voce *Persona (diritti della)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. IX, Torino, 1939, 914 ss.;
- R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.;
- G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in AA.V.V., *Il riserbo e la notizia. Atti del convegno di Studio Macerata, 5-6 marzo 1982*, Napoli, 1983, 33;
- A. GAMBARO, *Le banche dati e i limiti della legge*, in *Quadrimestre*, 1985, 524 ss.;
- E. GIANNANTONIO, voce *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir.*, agg. III, Milano, 1999, 483 ss.;
- O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1895;
- M. GIORGIANNI, *La tutela della riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 13 ss.;
- J. KOHLER, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, in *Jering's Jahrbücher f. d. Dogmatik*, XVIII, Jena, 1880;
- F. LIGI, *Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francese e italiano*, in *Annuario dir. comp. e studi legisl.*, 1956, vol. XXXI, 137 ss.;
- M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001;
- A. MANTELERO, *Il diritto alla riservatezza nella l. n. 675 del 1996: il nuovo che viene dal passato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 973 ss.;
- A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007;
- G. MARTINOTTI, *La difesa della "privacy"*, in *Pol. dir.*, 1971, 749 ss.;

- N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dati. Aspetti giuridici e sociali*, Bologna, 1981;
- D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 1998, 353;
- J. MONDUCCI e G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, 2004;
- L. MONTUSCHI, *Ambiente di lavoro*, in *Digesto comm.*, agg. 2000, Torino, 7 ss.;
- L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 53 ss.;
- G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, 123;
- A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. II, Milano, 2003, 119 ss.
- R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. I e II, Milano, 2003;
- S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 51 ss.;
- S. PATTI, *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, 1987, 290 s.;
- G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Mat. storia della cult. giurid.*, 2003, 237 ss.;
- D. POLETTI, *Danno biologico*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, vol. IV, Milano, 2007, 641 ss.;
- W.L. PROSSER, *Privacy*, 48 *Cal. L. Rev.* 383 (1960);
- G. PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, 117 ss.;
- A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1901, vol. XXXI, 289 ss. e vol. XXXII, 1 ss.;
- P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990;
- G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005;
- S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973;
- G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXVI, Padova, 2005;
- V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss.;
- S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, 2005;
- S. STRÖMHOLM, *Right of Privacy and Rights of Personality. A comparative Survey*, Stoccolma, 1967;
- A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878;
- L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *Annali it. dir. Autore*, 1997, 529 ss.;
- P. ZATTI, *Immissioni – Inibitoria* (nota a Trib. Rimini, 11 agosto 1988), in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 728 ss.;

- P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, 69 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Le banche dati in Italia. Realtà normativa e progetti di regolamentazione*, Napoli, 1985;
- V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 430 ss.;
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 733 ss.;
- S.D. WARREN e L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 *Har. L. Rev.* 193 (1890);
- A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.

### Indice delle pronunce richiamate

- Cass., 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Foro it.*, 1957, I, 4;
- Cass., 20 aprile 1963, n. 990, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1280;
- Trib. Napoli, 19 maggio 1989, in *Dir. aut.*, 1990, 382;
- Cass., 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, 561;
- Trib. Roma, 26 giugno 1993, in *Dir. inf.*, 1993, 985;
- Trib. Roma, 20 settembre 1993, in *Dir. inf.*, 1994, 331;
- Cass., sez. un., 21 marzo 1973, n. 795, in *Mass. Giur. it.*, 1973;
- Cass., 9 aprile 1973, n. 999, in *Mass. Giust. civ.*, 1973;
- Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54;
- Cass., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Mass. Giur. it.*, 1975;
- Cass., 5 dicembre 1975, n. 4032, in *Arch. giur. circ.*, 1976, 125;
- Cass., 3 giugno 1976, n. 2002, in *Mass. Giur. it.*, 1976;
- Cass., 6 aprile 1978, n. 1593, in *Arch. giur. circ.*, 1978, 804;
- Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, 357;
- C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. cost.*, 1979, I, 656;
- Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 356;
- Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 694;
- C. Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, 2053 ss.;
- Cass. 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2358;
- C. Stato, 3 maggio 2001, n. 2495, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1055;
- Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2273;
- C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201;
- C. Stato, 22 aprile 2004, n. 2296, in *Ragiusan*, 2004, 245, 28;
- Cass., 1 settembre 2004, n. 17594, in *Le banche dati de Il Foro it.*, 2009;
- Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in *Foro it.*, 2006, I, 3412;
- T.a.r. Liguria, 28 giugno 2006, n. 705, in *Ragiusan*, 2007, 279, 54;
- Cass., 17 maggio 2007, n. 11462, in *Le banche dati de Il Foro it.*, 2009;
- Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120;
- Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965);
- Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Dir. aut.*, 1975, 351;
- Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 9 novem-

- bre 2005, consultabile sul sito ufficiale del Garante per la protezione dei dati personali, [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), doc. web n. 1191411;
- Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 16 luglio 2009, *ivi*, doc. web n. 1634116;
- Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 17 settembre 2009, *ivi*, doc. web n. 1658335;
- Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 12 novembre 2009, *ivi*, doc. web n. 1673588;
- Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 19 novembre 2009, *ivi*, doc. web n. 167903.

## Capitolo VIII

### *Individui e organizzazioni, pubbliche o private, profit o no profit, professionali o volontarie\**

di Manuela Consito

SOMMARIO: 1. I servizi alla persona e il principio di sussidiarietà orizzontale tra pubblico e privato. – 2. La sussidiarietà interpretata come amministrazione condivisa. – 3. Il fondamento della distinzione tra enti not for profit e enti non profit. L'esempio anglosassone delle charities. – 4. Il principio di sussidiarietà, l'impresa not for profit e le organizzazioni di volontariato. – 5. ONLUS, imprese ed enti non profit: brevi osservazioni su alcuni diffusi equivoci. – 6. Profili di responsabilità del gestore di strutture sanitarie (rinvio). – 7. La disciplina delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza. – 8. (segue): la nuova disciplina statale. – 9. L'assenza di norme regionali. – 10. La destinazione del patrimonio di I.P.A.B. disciolte. – 11. Gli obblighi delle I.P.A.B.

#### 1. *I servizi alla persona ed il principio di sussidiarietà orizzontale tra pubblico e privato*

È noto che il principio di sussidiarietà trova un iniziale riconoscimento nella IX dichiarazione della *Carta del Lavoro del Gran Consiglio del Fascismo* del 1927 ove si afferma che «l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta».

La disposizione disciplina l'ambito giuridicamente ammesso dell'«azione sociale» degli enti pubblici, che si pone come residuale rispetto a quella svolta dai privati produttori, escludendo l'intervento dei primi in ragione degli interessi dei secondi.

Con elaborazione del pari anteriore all'enunciazione che la sovranità appartiene al popolo (art. 1 Cost.) la sussidiarietà trova successiva proclamazione nell'enciclica *Quadragesimo Anno* di Pio XI nel 1931, come affermazione del pensiero della dottrina sociale della Chiesa

\* I paragrafi da 1 a 5 costituiscono una rielaborazione di parte della monografia M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, cui sia consentito il rinvio per ulteriori approfondimenti.

che intende, con esso, opporsi allo Stato liberale ed al tentativo da questi operato di condanna delle organizzazioni sociali come corpi intermedi tra l'individuo e lo Stato.

Si manifesta come reazione alla crisi subita dalle istituzioni ecclesiastiche a partire dalla rivoluzione francese quale corollario della superiorità del potere spirituale sul potere temporale e, quindi, come necessità di sostenere un'intrinseca superiorità delle società naturali, sulle quali si ritiene predominare la Chiesa, rispetto alle società artificiali, rappresentate in primo luogo dallo Stato.

Sono affermazioni che ripropongono una teoria dello Stato sussidiario ove non è assente un rimprovero allo Stato liberale per la mortificazione del ruolo degli enti intermedi, quali la famiglia, il comune, l'associazionismo diffuso, cui consegue un'accezione del principio di sussidiarietà inteso come distribuzione di funzioni tra Stato e società civile con un intento di preferenza per quest'ultima. Dall'indicata preferenza deriva un criterio di distribuzione di funzioni finalizzato alla pretesa che l'intervento pubblico a qualunque livello di organizzazione politica sia subordinato alla verifica di taluni dati tecnici – efficienza, efficacia, economicità, adeguatezza – che si traducono in limiti alla discrezionalità politica dei rappresentanti. Solo il soddisfacimento degli indicati risultati può costituire una legittimazione dell'intervento pubblico, poiché vi è l'idea che gli individui sono in grado di trovare anche al di fuori della sfera pubblica gli strumenti per vivere in modo giusto, solidale, organizzato e partecipato.

Questa accezione di sussidiarietà detta costituzionale è intesa quindi come principio costitutivo di funzioni, cui consegue l'individuazione del livello di governo legittimato al loro esercizio (I. MASSA PINTO, 2003, 45, 47).

Assume poi rilievo la questione delle modalità di esercizio della funzione la cui titolarità è stata così attribuita

In tal senso la disposizione prevista dall'art. 118. u.c. Cost., tra le norme che hanno positivizzato il principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano, non pare doversi interpretare come prescrittiva di un principio di attribuzione di funzioni, dovendo piuttosto intendersi come finalizzata, nella sua accezione amministrativa, a prescrivere come Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni dovrebbero esercitare le funzioni di cui sono e restano titolari (F. PIZZETTI, 2002, 125).

Così le autonomie territoriali svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, ed in tal senso sono favoriti dalla Repubblica.

La sussidiarietà orizzontale in senso amministrativo si porrebbe

dunque come fondamento della partecipazione all'amministrazione, dovendosi preferire tutte le forme di partecipazione degli amministratori sia all'organizzazione sia all'esercizio delle funzioni medesime (I. MASSA PINTO, 2003, 51).

In tale prospettiva l'individuazione del livello territoriale di governo titolare di una funzione (così individuato in applicazione del principio di sussidiarietà verticale) è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esercizio della funzione stessa da parte dell'istituzione pubblica.

Un impiego della formula in esame intesa come costruzione di un'amministrazione ispirata ai principi di partecipazione e di trasparenza è rinvenibile nella disciplina sull'assistenza sociale.

Vi si enuncia il principio per cui gli enti pubblici devono «promuovere azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa» (M. CAMELLI, 2000, 36), nonché il ricorso a forme di aggiudicazione e negoziazione che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale» (l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, art. 5, c. II; v. anche l. 7 dicembre 2000, n. 383, *Disciplina delle associazioni di promozione sociale*).

Formula che esprime un criterio utile per l'identificazione delle funzioni e per la loro attribuzione, che delinea un bilanciamento tra l'attività di organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici, di competenza degli enti territoriali, e l'agevolazione della partecipazione e delle attività svolte dalla società civile, intesa nello specifico come privato sociale.

È in tale contesto che ritorna con forza un dibattito intorno al principio di sussidiarietà inteso come corollario di un sistema intermedio tra lo Stato minimo e lo Stato provvidenza, che mira alla valorizzazione del c.d. terzo settore o privato sociale.

La sussidiarietà così prospettata impone che l'esercizio delle funzioni amministrative da parte della Repubblica (comprensiva di quelle che ne costituiscono le articolazioni interne) sia legittimo soltanto se ed in quanto sia rivolto a sopperire ad eventuali inadeguatezze degli individui o delle loro organizzazioni sociali (I. MASSA PINTO, 2003, 45, 53), con affermazione che tuttavia non revoca in dubbio che le funzioni pubbliche debbano essere assolte dalle organizzazioni pubbliche e che le strutture private non possano che perseguire finalità private.

A tali conclusioni si contrappone chi invece indica proprio nel perseguimento di fini pubblici da parte di soggetti e strutture private il fondamento della sussidiarietà offrendone un'interpretazione "in ne-

gativo”, ove si oppone la libertà individuale all’intervento pubblico, con attribuzione alla sussidiarietà di una funzione di delimitazione dell’intervento statale e di difesa da questo (G. PASTORI, 1999, 177; G. LOMBARDI e L. ANTONINI, 2003, 155; L. ANTONINI, 2001, 77; L. ANTONINI, 2000, 17).

La sussidiarietà si esprime quindi in un ruolo di preminenza di cittadini – singoli e associati – cui deve conseguire un generalizzato arretramento dell’organizzazione pubblica, nella quale rientrano gli enti territoriali, ma dalla quale taluno eccettua invece le autonomie funzionali intese come una «forma di auto amministrazione di interessi generali (...), cioè di esercizio di attività di rilievo pubblico affidata, attraverso enti esponenziali, alle collettività immediatamente destinatarie dell’attività stessa, o comunque di essa immediatamente partecipi» (A. POGGI, 2001, 8).

La sussidiarietà è in tale contesto un principio che presuppone l’autogenesi dell’organizzazione che è unicamente riconosciuta e sostenuta ma mai promossa dall’ordinamento statale (art. 5 Cost.; sulla nozione di autonomia A. ROMANO, 2006, 1; ID., *Autonomia nel diritto pubblico*, 30).

Allo Stato spetta unicamente una funzione di sostenere, ma non anche di imporre e consentire, le decisioni che riguardano la vita, i bisogni, gli interessi delle società autonome.

Secondo tale profilo solo le autonomie funzionali sono in grado di procedere a bilanciamenti dei diversi interessi da contemperare, con una comprensione dei problemi ed una capacità di selezione che «alle istituzioni legate al circuito della mediazione partitica sono fatalmente precluse» e sono, del pari, capaci di «assicurare un’efficienza dei servizi dai medesimi resi ed un grado di aderenza degli stessi alle domande che sono chiamati a soddisfare certamente maggiori di quelle che possono garantire strutture più lontane e dotate di un codice genetico non costruito sulle specificità dell’ambito sociale di riferimento» (A. D’ATENA, 2001, 31).

L’attribuzione a determinate condizioni della qualità di autonomia funzionale anche ad enti privati (es.: istituzioni scolastiche non statali e non dipendenti da enti territoriali) è manifestazione del principio in esame, inteso come assegnazione di funzioni e compiti da sottrarre al sistema delle amministrazioni pubbliche (A. POGGI, 2001, 265 e s., 274 e s.).

Si affermerebbe così l’utilizzazione delle strutture del c.d. privato sociale (*not for profit* o *non profit*) come strumento di gestione dei servizi pubblici, in un rapporto di preferenza rispetto ad imprese *for profit* ed agli enti pubblici poiché ritenute essere un fattore di moralizzazione del mercato [L. ANTONINI, 2000 (2), 49].

## 2. La sussidiarietà interpretata come amministrazione condivisa

Il principio di sussidiarietà orizzontale che afferma un ruolo di preminenza del terzo settore, inteso principalmente come impresa *not for profit*, si colloca ancora in quel paradigma bipolare fondato sulla contrapposizione tra ruolo delle istituzioni pubbliche e enti privati (S. CASSESE, 2001, 602, 604).

Il pieno dispiegarsi degli effetti innovativi del principio in esame sui rapporti tra cittadini e pubblici poteri si ritiene tuttavia possibile solo ove si intenda la sussidiarietà in una prospettiva nuova che fondi sulla sussidiarietà il «nuovo paradigma per un diritto amministrativo pluralista, paritario e relazionale, invece che bipolare, gerarchico e conflittuale» (G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it)).

In tale accezione la sussidiarietà è cooperazione tra soggetti pubblici e privati per l'assolvimento congiunto delle responsabilità attribuite ai primi.

Non è dunque possibile affermare un dovere di arretramento di questi ultimi innanzi alla prevalenza del privato sociale, poiché le pubbliche istituzioni si ritiene debbano assolvere insieme ai cittadini le responsabilità loro attribuite.

In questo senso solamente è consentito un riferimento alla limitazione dei soggetti pubblici, non inteso come un «non fare» o «lasciar fare ad altri», bensì piuttosto come un «fare insieme» anziché «fare da soli» (G. ARENA, 2005, 189 e s.).

Si assiste ad una convergenza di soggetti pubblici e privati sulla base della sussidiarietà per il perseguimento congiunto di fini di utilità pubblica ove l'interesse generale fonda un'alleanza il cui obiettivo è ritenuto essere la realizzazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, c. II Cost.), cioè la creazione delle condizioni per il pieno sviluppo della persona umana e la salvaguardia della sua dignità. Un obiettivo al cui perseguimento i soggetti pubblici, secondo tale prospettiva, non possono sottrarsi poiché è missione loro attribuita dalla Costituzione.

La sussidiarietà viene così intesa come ampliamento degli strumenti utilizzabili dalla Repubblica per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale.

Se da un lato i poteri pubblici possono provvedere in tal senso, direttamente o attraverso l'azione di privati agenti nell'ambito di un rapporto di strumentalità nei confronti delle pubbliche amministrazioni, dall'altro lato i cittadini possono assumere autonomamente l'onere di contribuire al compito di creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuno.

Secondo l'impostazione ora in esame l'interesse generale diviene elemento di unione tra cittadini e la pubblica amministrazione: interesse che può essere perseguito direttamente dai poteri pubblici oppure dai cittadini, ove dai primi sostenuti. In ciò si esprimerebbe il rapporto sussidiario nel senso più letterale del termine, poiché inteso come rapporto di reciproca collaborazione e aiuto per il raggiungimento di un obiettivo comune, da cui deriva la creazione di un sistema reticolare i cui componenti agiscono secondo un paradigma non più bipolare, ma pluralista e paritario.

È la finalizzazione delle autonome iniziative dei cittadini alla realizzazione dell'interesse generale che diviene fondamento di quel sostegno e favore enunciato dalla Costituzione.

Le autonome iniziative dei cittadini sono così intese come uno dei modi di adempimento del dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) e del dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.), da cui deriva il favore loro riconosciuto dalla Repubblica (art. 118 u.c. Cost.) come «l'altra faccia del principio di uguaglianza sostanziale» (G. ARENA, *Di quale sussidiarietà stiamo parlando?*, cit.; ID., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *www.astridonline.it*; ID., *Un nuovo modo di amministrare*, Relazione tenuta alla Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004).

### 3. *Il fondamento della distinzione tra enti not for profit e enti non profit. L'esempio anglosassone delle charities*

Il fondamento della distinzione, nel c.d. privato sociale, tra enti *not for profit* e enti *non profit* ha origine negli Stati Uniti, ove trovano progressiva affermazione enti accomunati dall'obiettivo di non trarre un profitto personale in favore di soci ed amministratori e quindi di non perseguire uno scopo di lucro (per approfondimenti si consenta il rinvio a: M. CONSITO, 2009, 107 e s.).

La qualificazione di un'organizzazione come *not for profit* non inderogabilmente impone un divieto assoluto di svolgere attività che siano, in certa misura, profittevoli. Guadagni, profitti, ricavi netti non sono in sé vietati, purché il *profit* non sia la ragione principale di costituzione dell'ente e ne sia prevista la devoluzione e il reimpiego per il perseguimento delle attività statutarie di utilità sociale.

Il divieto di sfruttare l'organizzazione per un guadagno diretto di denaro, cioè il perseguimento di uno scopo di lucro, è l'elemento che ne fonda la distinzione rispetto agli enti *for profit* o *business corporations*.

Così, a titolo esemplificativo, molti valutano, fra le tante, le prestazioni sanitarie come espressione di una tipologia di servizio di cui il singolo paziente è incapace di giudicare l'efficacia. Per questa ragione un ospedale *not for profit* è ritenuto preferibile al suo parallelo *for profit*, nato per il perseguimento di un *business purpose* come scopo principale, poiché potenzialmente meno propenso a sfruttare a proprio favore la mancanza di capacità di valutazione dei potenziali fruitori (c.d. asimmetrie informative).

Il vantaggio di rivolgersi ad un produttore od erogatore di servizi *not for profit* è così individuato nell'ulteriore protezione offerta al consumatore da un più ampio *contract*, che va ad integrare la comune disciplina del mercato: il *legal commitment* dell'organizzazione di reimpiegare tutti gli eventuali guadagni nella produzione del servizio o del bene. Alla categoria si riconducono enti fra loro assai diversi, con e senza carattere imprenditoriale: si pensi agli ospedali, alle università, agli istituti di ricerca, alle orchestre sinfoniche, ai club sportivi, alle associazioni di volontariato, alle cooperative, alle associazioni di lavoratori, alle biblioteche, alle chiese, alle confraternite, alle compagnie teatrali, ai musei, alle case di cura, alle residenze assistenziali, agli asili, solo per fare alcuni esempi.

Elemento che li accomuna è l'intento principale di perseguimento di un fine di utilità sociale senza scopo di lucro, che non è da confondersi con l'esclusione del possibile carattere imprenditoriale delle organizzazioni interessate.

All'interno del *genus not for profit* è dunque possibile individuare numerose *species* organizzative che possono differenziarsi in ragione degli obiettivi di utilità sociale perseguiti, della struttura organizzativa e della presenza o meno di un carattere di impresa.

Il non perseguire scopi di lucro non va infatti confuso con lo svolgere o meno attività economica, che è elemento qualificante la nozione di impresa (v. per l'Italia art. 2082 c.c.).

Del pari la non distribuzione degli utili e degli avanzi di gestione e la loro destinazione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del patrimonio dell'organizzazione non va confusa con l'assenza di un carattere economico della stessa.

Se ontologicamente dunque imprese che perseguono scopi di lucro non possono essere ricondotte al *genus* in esame, per converso ne sono espressione sia organizzazioni strutturate in forma di impresa che organizzazioni che tali non sono, ove accomunate dal fine di utilità sociale.

Atteso che l'elemento comune proprio della categoria è il particolare scopo perseguito, elemento utile per una distinzione interna divengono le modalità con le quali si intende perseguirlo.

È possibile così individuare enti la cui parte preponderante, se non assoluta, delle fonti di finanziamento proviene da donazioni e sussidi di varia natura; altri operano su base mutualistica attraverso il pagamento di tasse di iscrizione oppure di tariffe o prezzi.

Benché non esista una classificazione uniforme del settore ne deriva una generale bipartizione in ragione della presenza o assenza negli enti previsti di un carattere imprenditoriale.

Così taluni enti *not for profit* possono definirsi, secondo una terminologia comune, come imprese sociali, poiché esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi di utilità sociale per la realizzazione di finalità di interesse generale.

Accanto vi sono organizzazioni che perseguono il medesimo scopo di utilità sociale in modo non economico e sono, come tali, prive del carattere di imprenditorialità poiché non intendono produrre beni o servizi destinati al mercato.

Riemerge a tale riguardo la qualificazione delle *charities* come enti a sé e sottocategoria del settore *not for profit* poiché *species* del più ampio *genus* individuato da una disciplina che ha carattere esclusivamente fiscale.

Benché spesso i due termini ("*not for profit*" e "*non profit*") siano confusi ed utilizzati come sinonimi, secondo questo diverso profilo assume interesse una distinzione, talora proposta, tra *enti merely not for profit* ed *enti non profit*, che vedrebbe ricondotte a quest'ultima categoria le *charities* in senso stretto.

La differenza semantica è stata recepita in taluni momenti storici dal legislatore statunitense volendo differenziare i casi in cui un profitto è possibile, purché non sia lo scopo principale perseguito da un'organizzazione, da altri in cui invece il fine è esclusivamente *charitable*, quasi a voler escludere, in tali ultime ipotesi, qualsivoglia carattere economico dell'attività svolta definendo solo queste quali *truly charitable corporations*.

Ne deriva una classificazione funzionale talora discussa ove, in alcuni casi esplicitamente, si chiarisce che se enti *not for profit* possono essere costituiti anche a fini commerciali (e quindi in forma di impresa) purché la principale finalità perseguita non sia l'ottenere benefici finanziari o lucro (i.e. *for business purposes but the purpose must not be for pecuniary profit or financial benefit*), altri enti sorgono per perseguire fini non economici poiché *public or charitable purposes* (i.e. *not for business*).

A quest'ultima ipotesi possono ricondursi le *charities* in senso tradizionale, intese quindi come enti *non profit*.

Qui è la natura stessa delle attività *charitable* a rilevare, poiché

volte a fini, quali l'educazione, la salute, l'assistenza, che si ritiene non sempre possono essere perseguiti in modo efficace attraverso il normale ricorso al mercato poiché non *economically oriented*.

Anche ove non si vogliono intendere le *charities* come limitate al solo scopo di servire i poveri offrendo servizi, cibo, riparo, mezzi di sussistenza, organizzazioni siffatte che erogano servizi e prestazioni in favore di utenti in condizione di povertà o di difficoltà non divengono operatori del mercato poiché manca un rapporto di domanda ed offerta che lo qualifica come tale.

La tendenziale gratuità delle prestazioni e dei beni offerti diviene elemento distintivo dell'attività svolta, ove la copertura dei costi per l'erogazione avviene attraverso finanziamenti, pubblici o privati (sussidi, lasciti o donazioni) che hanno destinazione a fondo perduto e, quindi, non sono definibili quale corrispettivo della prestazione offerta.

Sono organizzazioni la cui attività presenta un vincolo, forse strutturale, che implica l'obbligo di operare non per il mercato, cioè una destinazione preferenziale delle attività svolte verso i poveri, i bisognosi e le persone in difficoltà ed un divieto di svolgere anche collateralmente attività *for profit*.

Le *charities* possono essere talora destinate a svolgere solo indirettamente attività di rilievo sanitario, socio-assistenziale od educativo mediante l'erogazione delle rendite derivanti dall'attività d'amministrazione del proprio patrimonio e delle liberalità ricevute a tal fine, con un concetto che ricorda il caso italiano delle istituzioni pubbliche di beneficenza ed assistenza (v. *infra*, par. 7 e s.) che svolgono attività indiretta in campo socio-assistenziale mediante destinazione delle rendite derivanti dall'attività di amministrazione del proprio patrimonio e delle liberalità ricevute a tal fine.

Anche questa ipotesi non pare revocare in dubbio l'assenza di qualsivoglia loro qualificazione quali operatori di un mercato, ove non organizzati in forma imprenditoriale, poiché l'attività svolta è eventualmente di sostegno della domanda – anche con donativi all'utenza – in un mercato da altri operato.

L'attività di impresa è tale per cui l'intervento dello Stato appare rigorosamente definito ove non vietato (v. per l'Unione Europea la disciplina del divieto degli aiuti di Stato, art. 107 Trattato Ue, ex art. 87 TCE), mentre per le *charities* l'intervento dello Stato appare comune ove non assuma la qualificazione di una remunerazione rivelatrice dell'esistenza dell'affidamento di un appalto o di una concessione, ma sia piuttosto di favore, di supporto e di sostegno verso attività ritenute di utilità sociale e, quindi, di interesse per la collettività.

Alla luce dell'esperienza statunitense una definizione unitaria del settore *not for profit* e *non profit* come impresa sociale contrapposta

allo Stato non pare dunque possibile, ove si è chiarito che l'impresa presuppone un mercato e quindi uno scambio di prestazioni la cui essenza e scopo ultimo è garantire la sussistenza di una delle parti del mercato stesso (i consumatori) come condizione per l'esistenza dell'altra (l'impresa).

Non è dato riscontrare un tale presupposto in enti *non profit*, il cui scopo è invece giungere al progressivo superamento delle situazioni di bisogno e di difficoltà degli individui e quindi al progressivo esaurimento delle attività svolte nonché della causa dell'ente.

La tensione all'eliminazione, a titolo esemplificativo, della categoria dei poveri si manifesta infatti come affermazione di uno scopo il cui raggiungimento conduce al contemporaneo esaurimento dell'oggetto dell'organizzazione ad esso preposta e, quindi, in definitiva alla cessazione dell'ente (per ulteriori approfondimenti si consenta il rinvio a M. CONSITO 2009, 107 e s.).

#### 4. *Il principio di sussidiarietà, l'impresa not for profit e le organizzazioni di volontariato*

Nell'ordinamento italiano particolare è l'idea di un «affidamento» preferenziale alle imprese *not for profit*, come le cooperative sociali, ove assumono rilievo poiché organizzazioni con struttura e capacità economica adeguate ai servizi di interesse (sanitari e sociali in primo luogo: l. 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*).

In tali costrutti e in taluna disciplina, anche regionale, di settore manca una chiara distinzione tra l'autonoma iniziativa delle formazioni sociali per la prestazione di servizi privati di interesse generale e l'accreditamento e conseguente affidamento del servizio pubblico o di un appalto di servizi ad organizzazioni terze che ricevono un corrispettivo – non importa se dall'amministrazione affidante, dagli utenti o da soggetti ulteriori che vi abbiano interesse ad altro titolo – per l'erogazione delle prestazioni rese, di nuovo non importa se agli utenti o all'ente affidante (G. CAIA, 2004, 355; R. CAVALLO PERIN, 1998; sui rapporti tra accreditamento, appalto e concessione di servizi pubblici si consenta il rinvio a: M. CONSITO, 2009, 33 e s.).

Gli operatori dei servizi sanitari, sociali, educativi possono essere tanto soggetti con finalità lucrative quanto organizzazioni prive di tale scopo, poiché la nozione di impresa non attiene al soggetto bensì alla specifica attività concretamente svolta secondo i parametri oggettivi indicati negli artt. 2082 e 2195 del c.c. e pertanto anche un ente morale senza scopo di lucro può esercitare un'impresa perché il profitto è implicito in ogni attività economica nel senso che ogni attività econo-

mica di produzione di beni e servizi, per essere proficua, deve necessariamente non essere esercitata in perdita e deve configurarsi come tale da remunerare i fattori della produzione impiegati (sulla possibilità per soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni e le associazioni di volontariato, di partecipare a gare di appalto v. da ultimo: Cons. St., sez. I, 31 marzo 2010, n. 1278; Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2009, n. 3897; TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206; TAR Toscana, sez. II, 11 marzo 1998, n. 251; TAR Lazio, sez. III *bis*, 29 maggio 1998, n. 1239; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969; ID., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1987; ID., *Fondazione*, in *Enc. giur.*, XIV, 5 s.).

L'assunto trova conferma anche nella disciplina comunitaria, ove si ricorda che affinché un determinato servizio si configuri come attività economica ai sensi delle regole del mercato interno (libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento), deve possedere la caratteristica essenziale di essere fornito dietro retribuzione.

Tuttavia, non occorre necessariamente che il servizio sia pagato dai beneficiari. Il carattere economico di un servizio non dipende dallo status giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro) né dalla natura del servizio, bensì dalle effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività (COM(2007) 725, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni che accompagna la Comunicazione «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo» i servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*; C. giust. UE, 18 dicembre 2007, C-357/06, *Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio*; C. giust. UE 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*; C. giust. UE 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*; C. giust. UE 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*).

Gli enti *not for profit* del c.d. terzo settore sono pertanto imprese, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'esercizio di un'attività economica (servizi prestati a fronte di corrispettivi remunerativi, ancorché versati dall'ente pubblico), e in quanto ciò si verifichi sono legittimati (*rectius*: tenuti) a partecipare a gare pubbliche per l'assegnazione di appalti di servizi in concorrenza con operatori di altro tipo (Cons. St., sez. I, n. 1278 del 2010, cit., Cons. Stato, sez. II, parere 13 novembre 2002, n. 1899; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*,

18 luglio 2006 n. 5993; TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206; G. CAIA, 2004, 355).

Altra e diversa questione è che taluni requisiti strutturali siano legittimamente richiesti per conseguire determinati fini sociali (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 558; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006 n. 239; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2002, n. 2010; TAR Basilicata 29 novembre 2003, n. 1022; TAR Liguria, Sez. II, 22 aprile 2004 n. 514).

In proposito la limitazione a particolari categorie di imprese può essere ritenuta del tutto compatibile con la disciplina dell'Unione europea. In particolare le norme del Trattato «non ostano a che uno Stato membro consenta ai soli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi d'assistenza sociale» (C. giust. CE, 17 giugno 1997, C-70/95, *Sodemare SA*; COM(566) 2001, *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*; *leading case* sulla possibilità di prevedere clausole sociali nelle procedure ad evidenza pubblica: C. giust. CE, 28 maggio 1995, C-31/87, *Beentjes BV c. Ministero dell'agricoltura e della pesca dei Paesi Bassi*). L'assunto è tuttavia riferito alla prestazione di servizi privati di interesse generale dietro rimborso e non ad un vero e proprio affidamento del servizio reso a titolo oneroso.

Al riguardo è di interesse ricordare come le attività rese dal privato sociale sono talora organizzate in forza di un rapporto giuridico non professionale con l'ente locale che non contempla la remunerazione delle prestazioni svolte.

Stato, regioni, province autonome, enti locali ed altri enti pubblici possono infatti stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi in appositi registri (l. 11 agosto 1991, n. 266, *Legge quadro sul volontariato*, art. 7). Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività che ne costituiscono oggetto, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti e devono inoltre prevedere forme di verifica e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese.

Nella gran parte dei casi non si tratta di prestazioni di servizio pubblico in senso proprio poiché le indicate organizzazioni *non profit* svolgono servizi a titolo proprio nel quadro della sussidiarietà e dell'autonomia privata (R. CAVALLO PERIN, 1998, 59, 60, 66).

Non è dato in tali casi di adempiere ad un programma eterodefinito dallo Stato o dagli enti territoriali poiché vi è un servizio reso

spontaneamente dall'organizzazione privata per assolvere ai propri scopi sociali e poiché essa riceve unicamente contributi utilizzabili a parziale copertura dei costi o rimborsi spese che non integrano un corrispettivo in senso proprio.

L'eventuale legame convenzionale con l'ente locale è di solo coordinamento a carattere solidaristico fiduciario e non riveste natura di fonte di affidamento e di disciplina delle modalità di gestione di un servizio pubblico (G. CAIA, 2004, 360 e s.).

Ciò giustifica il ricorso a convenzioni al di fuori di procedure competitive di affidamento ogniqualvolta manchi un'esclusiva od un contingentamento dei prestatori di attività di interesse pubblico.

Al riguardo occorre dar conto di un diffuso orientamento giurisprudenziale che ritiene che l'ordinamento riservi al volontariato una posizione particolare, anche di ausilio nei confronti della pubblica amministrazione, ma senza alcuna assimilazione alla logica di mercato, non potendo tali organizzazioni presentare nell'ambito di pubbliche gare offerte indicanti un corrispettivo per i servizi da espletare, posto che le risorse economiche di cui esse risultano legittimate a beneficiare sono limitate ai rimborsi delle spese sostenute.

Non si ritiene possibile un indifferenziato invito a partecipare a procedure ad evidenza pubblica rivolto sia ad imprese operanti sul mercato (non importa ora se *for profit* o *not for profit*) sia ad organizzazioni di volontariato, ove queste ultime possono unicamente essere chiamate ad integrare le potenzialità offerte dalle prime mediante convenzionamento diretto (Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Parere 17 dicembre 2008, n. 266; Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005 n. 2345; TAR Campania, sez. I, 2 aprile 2007 n. 3021; TAR Piemonte, sez. II, 12 giugno 2006, n. 2323; TAR Piemonte, sez. II, 31 marzo 2006, n.1604; TAR Campania, sez. I, 21 marzo 2006, n. 3109; TAR Piemonte, sez. II, 18 aprile 2005, n. 1043; TAR Veneto, sez. I, 3 marzo 2004, n. 481; TAR Basilicata, 29 novembre 2003, n. 1022; TAR Lombardia, sez. III, 09 marzo 2000, n. 1869).

Ove la pubblica amministrazione intenda appaltare servizi sociali, sanitari, educativi è chiamata ad esperire una pubblica gara solo tra organizzazioni professionali.

Ne consegue, per quanto attiene alla partecipazione di enti *non profit* a dette gare, una affermata «non equiparabilità fra cooperative sociali (imprese normalmente operanti sul mercato seppure con i limiti cui è condizionato il regime fiscale di favore) ed organizzazioni di volontariato (che possono ricavare proventi economici esclusivamente da contributi liberali, finanziamenti pubblici e privati e rimborsi derivanti dalla prestazione di servizi, anche socio-sanitari)», con la ravvisata conseguenza dell'illegittimità della «partecipazione a gare

di appalto delle organizzazioni di volontariato» ove «la posizione di favore ad esse riservata dall'ordinamento ai fini della partecipazione ai servizi socio-sanitari (può) trovare attuazione in apposite convenzioni con gli enti pubblici» (TAR Lombardia, sez. III, 14 marzo 2003, n. 459).

È dunque comune intendere che le associazioni in esame non siano operatori commerciali ma svolgano la loro attività al di fuori del mercato e dell'ambito della concorrenza. Fondamento dell'argomentazione è il mancato perseguimento di fini di lucro ed il vincolo associativo motivato da considerazioni di solidarietà sociale.

Senza negare l'importanza sociale delle attività di volontariato la giurisprudenza comunitaria è tuttavia giunta a superare in parte tale interpretazione [C. giust. UE, sez. III, 29 novembre 2007, n. C-119/06, *Commissione Ue c. Repubblica italiana*; sul carattere di operatore economico di un ente senza scopo di lucro: C. giust. UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche*; C. giust. UE, 1 luglio 2008, C-49/07, *Motosyketistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) e Stato ellenico*]

Se è opinione comune ricondurre le ipotesi in esame alla disciplina dei servizi pubblici privi di un carattere economico (dunque d'impresa), resta fermo che la qualificazione potrebbe rivelarsi erronea e meritevole di ulteriori approfondimenti ove il rapporto con l'ente gestore veda le prestazioni di servizio pubblico all'utenza divenire oggetto di un'obbligazione ed i c.d. finanziamenti pubblici assumere la qualificazione di una remunerazione delle prestazioni stesse (v. *supra*, cap. II).

Come rilevato non è l'assenza di fini di lucro ad escludere che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (C. giust. UE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, C. giust. UE 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*; C. giust. UE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*; C. giust. UE, 21 settembre 1999, cause riunite da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming*; C. giust. UE, 21 settembre 1999, C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken* C. giust. UE 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*; C. giust. UE 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*; C. giust. UE, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Cassa di risparmio di Firenze e a.*).

La Corte di giustizia dell'Unione europea ritiene in proposito che entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono es-

sere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (C. giust. UE, sez. III, 29 novembre 2007, n. C-119/06, *Commissione Ue c. Repubblica italiana*; C. giust. UE, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, per il Piemonte: TAR Piemonte, sez. I, 9 aprile 2009 n. 985).

Le associazioni qui di interesse possono dunque esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori, ove il fatto che possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti, poiché i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (C. giust. UE, 7 dicembre 2000, causa C-94/99, *ARGE*; per l'Italia da ultimo Cons. St., sez. I, n. 1278 del 2010, cit.).

Il giudice comunitario non accoglie neppure l'obiezione secondo cui le prestazioni di servizio di cui trattasi sono effettuate da associazioni di volontariato a solo titolo di rimborso delle spese sostenute.

Si osserva in merito che il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria (C. giust. UE, 2 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*).

Così il Tar del Piemonte in merito ad una gara per appalto concorso per l'affidamento di un servizio di telesoccorso e teleassistenza indetto da un consorzio intercomunale di servizi socio assistenziali afferma l'illegittimità del bando che, pur avendo consentito la partecipazione alla gara ad organismi senza scopo di lucro, ha escluso specificamente le associazioni di volontariato, atteso che «nessuna norma della l. 11 agosto 1991 n. 266 vieta espressamente a quest'ultime di partecipare a gare pubbliche per l'affidamento di servizi di natura solidaristica: l'amministrazione può infatti attribuire ad esse una specifica preferenza tramite la stipula di una apposita convenzione ex art. 7, senza ricorrere all'esperimento di una previa selezione, ovvero può procedere all'indizione di una apposita gara, laddove intenda far accedere al servizio anche imprese commerciali, senza che ciò impedisca alle associazioni di volontariato di parteciparvi» (TAR Piemonte, sez. II, 15 dicembre 2001, n. 2427).

È pertanto la sussistenza di un corrispettivo del servizio, non importa se pagato al gestore dagli utenti del servizio pubblico, o dall'amministrazione affidante, o da terzi rispetto al rapporto principale di servizio pubblico tra gestore e utente, ad affermare un carattere economico della prestazione pubblica (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2006, n. 890).

L'esistenza di un corrispettivo rivela l'esistenza dell'affidamento di

un appalto o di una concessione e pertanto assoggetta l'ente pubblico che intenda assegnare le prestazioni di servizio alla disciplina sull'evidenza pubblica posta dall'Unione europea a tutela della concorrenza anche ove i possibili gestori vantino una qualificazione giuridica che ad altri fini li qualifica come iniziative di cittadini, singoli o associati, per svolgere attività di interesse generale (art. 118, u.c. Cost.; Cons. St., sez. cons. atti norm., 25 agosto 2003, n. 1440, cit.; Cons. St., sez. V, 10 giugno 2002, n. 3208; l. n. 328 del 2000, cit., art. 5).

5. *ONLUS, imprese ed enti non profit: brevi osservazioni su alcuni diffusi equivoci*

Non deve al riguardo condurre ad equivoci la disciplina nazionale in tema di organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS; d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, *Disciplina delle ONLUS*), che talora è definita anche come disciplina della finanza etica, poiché, com'è noto, ha introdotto unicamente una disciplina di favore fiscale per le stesse, non innovando il panorama degli enti del c.d. privato sociale.

Del pari il legislatore chiarisce come la stessa nozione di impresa sociale non prevede un nuovo ente *not for profit*, poiché si tratta piuttosto di una particolare qualificazione riconosciuta ad organizzazioni private che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, *Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*).

Organizzazioni che presentano pertanto un carattere d'impresa da cui sono perciò esplicitamente escluse sia le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, c. II, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sia le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi (d.lgs. n. 155 del 2006, cit., art. 1, c. II).

Detta disciplina si pone in linea di continuità con il mondo anglosassone, al quale, come si è detto, va ricondotta l'originaria previsione di norme di promozione prima della filantropia e poi della solidarietà.

La giurisprudenza statunitense mostra infatti favore e supporto per la diffusione di *enti not for profit* poiché visti come uno strumento di tutela della destinazione di patrimoni privati a fini di utilità pubblica.

Natura privata che nell'animo dell'interprete americano è intesa come forma di protezione contro eccessivi controlli, o dissimulate forme di espropriazione, da parte del governo centrale (statale o fe-

derale) e mezzo per garantire e sostenere la destinazione di risorse private al perseguimento di scopi di *public benefit*.

Il medesimo intento si rinviene nella legislazione federale dedicata agli enti *charitable*, ove la disciplina – con modalità simili al successivo modello italiano sulle ONLUS – è di carattere fiscale e come tale non destinata a definire il settore quanto piuttosto ad individuare profili delle organizzazioni utili a garantirne forme di esenzione fiscale o di deduzione per quanti versino loro dei contributi.

#### 6. *Profili di responsabilità del gestore di strutture sanitarie (rinvio)*

La natura pubblica o privata del gestore di una struttura sanitaria non assume rilievo ai fini di una diversa configurabilità di una responsabilità per eventuali danni che siano derivati ad un paziente per trattamenti sanitari praticatigli per colpa, ove il gestore è chiamato a rispondere alla stregua delle norme del codice civile sulla diligenza nell'adempimento di obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale (art. 1176 c.c.).

In particolare il ricovero in una struttura deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un rapporto obbligatorio tra il paziente ed il soggetto che gestisce la struttura, il cui adempimento, per quanto riguarda le prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale (per taluno detto rapporto è definito contratto di ospitalità: v. *supra*, cap. I e cap. VI).

Il soggetto gestore della struttura sanitaria (pubblico o privato) risponde perciò per i danni che siano derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme dettate dagli art. 1176, c. II, e 2236 c.c. In queste ipotesi la responsabilità può comportare un'obbligazione di risarcimento estesa non al solo danno patrimoniale (art. 1223 c.c.), ma anche al danno biologico, e cioè al danno non patrimoniale costituito dalle conseguenze pregiudizievoli per la salute derivanti dalle menomazioni fisiopsichiche prodotte dal comportamento inadempiente.

Inoltre la conseguente estensione della responsabilità anche al danno morale (art. 2059 c.c. e art. 185 c.p.) si configurerà anche a carico del soggetto (pubblico o privato) gestore della struttura sanitaria, costituendosi a criterio di imputazione (artt. 28 Cost. e 2049 c.c.) la circostanza che l'attività sanitaria rivolta all'adempimento dell'obbligazione sia stata svolta dalle persone, inserite nella propria organizzazione, di cui il gestore si sia avvalso per renderla (Cass. pen., 1 settembre 1999, n. 9198; *supra*, cap. VI).

Più in particolare, allorché il ricovero sia avvenuto presso una struttura sanitaria gestita da un ente pubblico, perché a quest'ultimo si renda imputabile la responsabilità civile conseguente ad un fatto (che può, ad altri fini, essere configurato come reato), si rende sufficiente che la condotta che ne contribuisce a costituire l'elemento oggettivo rappresenti una manifestazione del servizio di cui il paziente è stato ammesso a fruire, giacché, per imputare la responsabilità all'ente pubblico, basta che l'azione od omissione sia riconducibile ad un'attività di un funzionario o dipendente dell'ente indipendentemente dal suo inserimento in modo stabile nell'organizzazione (v. *supra*, cap. VI).

Ad analoga conclusione pare doversi addivenire per il caso della responsabilità di un ente privato gestore del servizio.

In particolare assume al riguardo interesse la sussistenza del carattere imprenditoriale o meno dell'ente (*not for profit* o *non profit*), ove solo nel primo caso la giurisprudenza afferma la configurabilità di una responsabilità c.d. dell'imprenditore.

Anche in tali ipotesi non si ritiene necessario che le persone responsabili siano legate all'imprenditore da uno stabile rapporto di lavoro subordinato, ma è sufficiente che le stesse siano inserite, anche se temporaneamente od occasionalmente, nell'organizzazione aziendale, e abbiano agito, in questo contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore.

Non è così esclusa la responsabilità di un gestore di un servizio di soccorso per il caso in cui sia un addetto volontario ad aver tenuto la condotta lesiva, sul presupposto che quest'ultimo svolge un servizio di assistenza per conto dell'imprenditore, sul quale incombe l'obbligo di organizzare l'impresa in modo da assicurare il servizio stesso nel rispetto delle specifiche disposizioni regolamentari contemplate in materia e su cui ricade, pertanto, il derivante obbligo di vigilanza e la responsabilità per l'operato dell'addetto, ancorché espletato a titolo di volontariato (Cass. pen., sez. III, 09 novembre 2005, n. 21685).

Il richiamo è all'art. 1176 c.c. che impone per l'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale la diligenza del buon padre di famiglia, che deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

L'obbligo di organizzare l'impresa in modo professionale (art. 2082 c.c.) pare così costituire un elemento di discriminazione utile a definire il differente livello di diligenza richiesta nell'adempimento al gestore in ragione della natura, imprenditoriale o volontaria, del servizio prestatato.

## 7. La disciplina delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza

Le istituzioni di assistenza e beneficenza pubbliche sono, nella volontà del legislatore unitario, enti privati di pubblica utilità ad istituzione facoltativa, che abbiano in tutto o in parte il fine di «prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità quanto di malattia, di procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico» (l. 17 luglio 1890, n. 6972, *Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, art. 1, c. d. legge Crispi).

Ne sono esclusi i comitati di soccorso ed altre istituzioni temporanee, mantenuti col contributo di soci, o con oblazioni di terzi, e le fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie determinate, poiché non soggette a devoluzione a favore della beneficenza pubblica.

È dunque il carattere di destinazione al pubblico, inteso come collettività di riferimento, a rilevare nella qualificazione di un ente quale istituzione pubblica, non volendo il termine inferire una necessaria natura pubblica del soggetto (SANTI ROMANO, 1912, 375; A. LONGO, 1905, 383 s.; S. D'AMELIO, 1907, 1068; ID., 1908, 337; U. POTOTSCHNIG, 1977, 1229 s.; A.M. SANDULLI, 1978, 493 s.; G.M. SARACCO, 1990, fasc. 1, 45; L. FERRARA, 1990, 453, 454; L. COLACINO CINNANTE, 1993, 684 e s.; M. BERGOMI, 2005, 1237).

L'originario assetto normativo delineato con la legge fondamentale del 1890 è modificato a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, che solo alla fine degli anni ottanta del ventesimo secolo dichiara la legge Crispi costituzionalmente illegittima, confermando l'idea, conforme all'art. 38 Cost., che solo alcune delle istituzioni di assistenza e beneficenza sono pubbliche, ben potendo esistere anche istituzioni di carattere privato che perseguono il medesimo scopo consentendo alle I.P.A.B. (regionali e infraregionali) di ritornare ad esistere secondo la disciplina originaria, cioè come enti aventi natura e personalità giuridica di diritto privato (Corte cost., 24 marzo-7 aprile 1988, n. 396; Corte cost., 24 luglio 1990, n. 363; Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 466; Corte cost., 28 aprile 1992, n. 195; cfr. d.P.C.M. 16 febbraio 1990, *Direttiva alle regioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza a carattere regionale ed infraregionale*; Cass., S.U., 18 novembre 1988, n. 6249; Cass. S.U., 29 marzo 1989, nn. 1543, 1544, 1545; Cass., S.U., 13 luglio 1989, n. 3283; Cass., 26 ottobre 1989, n. 4403; Cass., S.U., 19 dicembre 1989, nn. 5680 e 5681; Cass. (ord.), S.U., 6 maggio 2009, n. 10365).

Il riconoscimento (trasformazione) di enti privati compete alle Regioni (v. Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 466) a seguito di istanza de-

gli enti interessati a perseguire le proprie finalità nell'ambito dell'assistenza, sempreché sia accertato: a) il carattere associativo; oppure b) il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati; oppure c) l'ispirazione religiosa (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, cit., art.1, c. III).

Sono considerate istituzioni aventi carattere associativo «quelle per le quali ricorrano congiuntamente i seguenti elementi: a) costituzione dell'ente per iniziativa volontaria dei soci o di promotori privati; b) esistenza di disposizioni statutarie che attribuiscono ai soci un ruolo qualificante nel governo e nell'amministrazione dell'ente, nel senso che i soci provvedano alla elezione di una quota significativa dei componenti dell'organo collegiale deliberante; c) esplicazione dell'attività dell'ente anche sulla base delle prestazioni volontarie dei soci» (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, cit., art. 1, c. IV).

Sono per converso istituzioni promosse ed amministrata da privati (ovvero fondazioni) le istituzioni che presentino «congiuntamente i seguenti elementi: a) atto costitutivo o tavola di fondazione posti in essere da privati; b) esistenza di disposizioni statutarie che prescrivano la designazione da parte di associazioni o di soggetti privati di una quota significativa dei componenti dell'organo deliberante; c) che il patrimonio risulti prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell'attività istituzionale» (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, cit., art. 1, c. V).

Hanno ispirazione religiosa le istituzioni private la cui attività persegua indirizzi religiosi o comunque inquadri l'opera di beneficenza ed assistenza nell'ambito di una più generale finalità religiosa; siano collegate ad una confessione religiosa per il tramite della designazione, prevista da disposizioni statutarie, di ministri del culto, di appartenenti ad istituti religiosi, di rappresentanti di attività o di associazioni religiose ovvero attraverso la collaborazione di personale religioso come modo qualificante di gestione del servizio (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, cit., art. 1, c. VI).

Le indicate norme fondamentali di legge statale vanno coordinate con la sopravvenuta disciplina regionale emanata a partire dal trasferimento di funzioni statali alle Regioni (d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 9, *Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di beneficenza pubblica e del relativo personale*, con la l. 22 luglio 1975, n. 382, *Norme sull'ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione*, e con il d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, *Attuazione della delega di cui all'art. 1 della L. 22 luglio 1975, n. 382*).

Con particolare riguardo alla regione Piemonte sono così intro-

dotte nuove norme sulla c.d. depubblicizzazione delle istituzioni aventi le caratteristiche di cui al predetto d.P.C.M. del 1990, prima con la l. r. 19 marzo 1991, n. 10, *Norme in materia di riconoscimento in via amministrativa della personalità giuridica di diritto privato alle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (II.P.P.A.B.)*, poi con la successiva l. r. 19 marzo 1991, n. 11, *Adeguamento delle norme in materia di riconoscimento in via amministrativa della personalità giuridica di diritto privato delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza alle direttive contenute nel D.P.C.M. 16 febbraio 1990*.

#### 8. (segue): la nuova disciplina statale

La l. n. 6972 del 1890, cit., è stata abrogata per effetto dell'esercizio della delegazione legislativa che il Governo della Repubblica ha esercitato definendo la nuova disciplina delle istituzioni di assistenza e beneficenza pubbliche (l. n. 328 del 2000, cit., art. 10, art. 30, c. II; d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207, *Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza a norma dell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328*).

La norma delegata – che prevede un periodo transitorio per il riordino e la trasformazione delle istituzioni – ha disciplinato le organizzazioni che svolgono direttamente attività di erogazione di servizi assistenziali distinguendo le aziende pubbliche di servizi alla persona (Capo II, artt. 5-15) dalla nuova disciplina delle persone giuridiche di diritto privato (Capo III, artt. 16-18)

La norma prevede per le istituzioni che svolgono direttamente attività di erogazione di servizi assistenziali la trasformazione in aziende pubbliche di servizi alla persona, salvo per quelle che chiedano e abbiano i requisiti per divenire persone giuridiche di diritto privato (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., artt. 5, 15, 16).

Nella disciplina transitoria vigente se la trasformazione in persone giuridiche di diritto privato è da ritenersi un procedimento normalmente sottoposto ad istanza dell'ente interessato, non così è per tutte le restanti I.P.A.B. per le quali la trasformazione in aziende pubbliche di servizi alla persona è procedibile d'ufficio, anzi costituisce un preciso obbligo di legge delle regioni (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5; TAR Abruzzo, 27 novembre 2002, n. 882), secondo una disciplina che è mutata rispetto a quella originaria, ove anche la trasformazione delle I.P.A.B. pubbliche poteva essere disposta solo a seguito di presentazione di specifica istanza dell'ente (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, cit., e nelle l. r. n. 10 del 1991 e n. 11 del 1991, cit.).

L'azienda pubblica di servizi alla persona è la forma giuridica pre-

vista in via generale anche nell'ipotesi di I.P.A.B. già amministrare dagli enti comunali di assistenza od in questi concentrate, le quali sono espressamente escluse dalla trasformazione in enti di diritto privato (d.P.C.M. 16 febbraio 1990, art. 1, c. VIII; l. 3 giugno 1937, n. 847, *Istituzione in ogni Comune del Regno dell'Ente comunale di assistenza*).

La trasformazione in azienda pubblica di servizi alla persona è facoltativa solo ove le istituzioni svolgano attività indiretta di assistenza in campo socio-assistenziale (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. I; art. 15; art. 16, c. I).

Del pari è esclusa la trasformazione in azienda pubblica di servizi alla persona ove: 1) le dimensioni dell'organizzazione siano tali da non giustificare il mantenimento della personalità giuridica di diritto pubblico; 2) l'entità del patrimonio ed il volume del bilancio siano insufficienti per la realizzazione delle finalità e dei servizi previsti dallo statuto; 3) si sia verificata l'inattività nel campo sociale da almeno due anni; 4) le finalità previste nelle tavole di fondazione o negli statuti siano esaurite o ne sia divenuto impossibile il conseguimento (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. II).

La lettera della norma riconduce solo le ultime tre ipotesi allo scioglimento dell'ente in alternativa ad un piano di risanamento che preveda eventualmente la sua fusione con altre istituzioni (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. IV e V), con soluzione che non è proposta per la prima ipotesi relativa ad I.P.A.B. di modeste dimensioni che non giustificano il mantenimento della personalità giuridica di diritto pubblico.

A fronte di un'opzione in favore dello scioglimento l'effetto tipico è la destinazione del patrimonio nel rispetto delle tavole di fondazione o, in mancanza di disposizioni specifiche, prioritariamente in favore di altre istituzioni del territorio possibilmente aventi finalità identiche o analoghe o dei comuni territorialmente competenti (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. IV e V).

### 9. *L'assenza di norme regionali*

Al riordino delle I.P.A.B deve provvedere la regione con specifica legge «secondo i principi di cui all'articolo 10 della l. 328 del 2000, cit., e del decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207» (per il Piemonte l. r. n. 1 del 2004, cit., art. 10, c. II).

In assenza di una legge regionale è l'espresso richiamo ai principi della disciplina nazionale ad assumere rilievo, con particolare riferimento al principio di trasformazione della forma giuridica degli enti in forme compatibili con la personalità giuridica pubblica, purché tali

forme giuridiche consentano una «efficace ed efficiente gestione, assicurando autonomia statutaria, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica», ovvero in forme di diritto privato per gli enti che, potendo, vogliano ottenere codesta natura giuridica (l. r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 10, c. II).

Altro principio posto dalla disciplina nazionale è quello di scioglimento dell'ente in caso di inattività delle organizzazioni oppure di esaurimento delle finalità previste negli statuti o nelle tavole di fondazione statutarie, con incentivi all'accorpamento od alla fusione (l. n. 328 del 2000, cit., art. 10).

In assenza di legge regionale si deve ritenere efficace la disciplina statale preesistente di dettaglio ed *a fortiori* quella di principio (l. 5 giugno 2003, n. 131, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, art. 1, c. II).

Il perdurare della vigenza delle norme statali sino all'esercizio della potestà regionale in materie deferite alla competenza esclusiva delle regioni come l'assistenza e beneficenza pubbliche può essere affermato non solo per la disciplina di trasformazione delle I.P.A.B. (v. *supra*), ma anche con riferimento alla ridefinizione dell'organizzazione del sistema dell'assistenza e beneficenza pubbliche, la cui disciplina di settore individua l'azienda pubblica di servizi alla persona come forma tipica di gestione dei servizi socio-assistenziali.

Le prestazioni di servizio alla persona nelle forme dell'azienda pubblica di servizi alla persona sono anzi favorite dalla legge regionale con definizione, nell'ambito dei livelli territoriali ottimali, di criteri per la corresponsione di contributi ed incentivi alla fusione di più istituzioni in nuove aziende (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 19).

#### 10. *La destinazione del patrimonio di I.P.A.B. disciolte*

Il provvedimento regionale di scioglimento delle I.P.A.B. deve disporre del patrimonio dell'ente secondo la destinazione delle tavole di fondazione e con l'intento di mantenere fede all'originaria volontà del fondatore (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. IV e V).

Ove ciò non sia possibile poiché il fine dell'ente non è più perseguibile o l'intento non è desumibile il patrimonio deve essere destinato con scelta prioritaria a favore di altre istituzioni operanti nel territorio interessato, infine ai comuni territorialmente competenti.

La norma nazionale privilegia la destinazione dei beni a favore di enti che presentino finalità identiche o analoghe all'organizzazione sciolta, con norma che pare non imporre ma incentivare il vincolo di

destinazione d'uso ad attività di assistenza residenziale o in genere a servizi di assistenza sociale (d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 5, c. IV).

Nel rispetto dell'autonomia dei singoli enti la regione promuove il migliore utilizzo del patrimonio dei comuni vincolato a finalità socio-assistenziali e sociali, anche mediante proposte ed incentivi volti alla riconversione del patrimonio non più idoneo a consentire un diretto svolgimento di attività socio-assistenziali in organizzazioni di servizi strumentali a tali attività (l.r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 38).

A suo tempo con proprie leggi le regioni hanno già disciplinato il passaggio ai comuni del personale, dei beni e delle funzioni dei disciolti enti comunali di assistenza (E.C.A.), nel rispetto dei diritti acquisiti dal personale dipendente (d.P.R. n. 616 del 1977, cit., art. 25).

A titolo esemplificativo la regione Piemonte ha disposto che i beni degli enti comunali di assistenza (E.C.A.) conservano la destinazione a «servizi di assistenza sociale» anche nel caso di loro trasformazione patrimoniale e a tal fine la gestione finanziaria delle attività di assistenza attribuite ai comuni viene contabilizzata separatamente (l. r. 6 gennaio 1978, n. 2, *Norme sullo scioglimento degli EE.CC.AA., sul passaggio delle attribuzioni del personale e dei rapporti patrimoniali ai Comuni ai sensi dell'articolo 25 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 61*, art. 10, ora abrogata dalla l. r. n. 1 del 2004, cit., art. 65, c. I, lett. k).

Il vincolo di destinazione, ove imposto alle I.P.A.B. non amministrate in enti comunali di assistenza (d.P.R. n. 616 del 1977, cit., art. 25, c. IX), è stato oggetto di dichiarazione di incostituzionalità per illegittimità consequenziale, non avendo introdotto eccezione alcuna per le I.P.A.B. in possesso dei requisiti di un'istituzione privata (Corte cost., 30 luglio 1981, n. 173).

In assenza di apposita norma la regione può applicare, ove possibile, il principio enunciato per gli enti comunali di assistenza, apponendo comunque, all'atto dello scioglimento, il vincolo di destinazione dei beni delle I.P.A.B. disciolte e delle relative rendite a servizi di assistenza sociale (v. per il Piemonte, ad es., d.G.R. Piemonte 22 aprile 1980 – Estinzione dell'Istituto di Riposo per la Vecchiaia di Torino; d.G.R. Piemonte 4 aprile 1989 – Estinzione della Casa di Riposo Geriatrica Carlo Alberto di Torino).

I beni così vincolati o già destinati a finalità socio-assistenziali, ritenuti idonei allo svolgimento di dette attività, mantengono ad oggi tale destinazione, secondo l'uso definito dal piano socio-sanitario regionale, compresi i beni pervenuti in proprietà ai Comuni stessi per effetto dell'estinzione di I.P.A.B. e di enti comunali di assistenza (l.r. Piemonte 13 aprile 1995, n. 62, *Norme per l'esercizio delle funzioni assistenziali*, art. 40, c. I; l.r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 65, lett. hb).

Con norma ora abrogata dalla nuova disciplina del sistema regio-

nale integrato degli interventi e dei servizi sociali è attribuito in capo alla Giunta regionale un potere di deroga al vincolo di destinazione d'uso dei beni immobili o anche all'inalienabilità di beni immobili non idonei allo svolgimento di attività socio-assistenziali.

In tali casi tuttavia il vincolo di destinazione permane sui proventi oggetto di alienazione verso finalità socio-assistenziali o con utilizzo prioritario per la realizzazione, la ristrutturazione e la manutenzione di strutture socio-assistenziali (l.r. Piemonte n. 62 del 1995, cit., art. 40, c. II e III; l.r. Piemonte n. 1 del 2004, cit., art. 65, lett. *hb*).

### 11. *Gli obblighi delle I.P.A.B.*

Poiché permangono ad oggi strutture che conservano la forma giuridica prevista per le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza dalla l. n. 6972 del 1890, cit., e dal relativo regolamento di attuazione (r. d. n. 99 del 1891, cit.) sino all'intervenuto riordino, cioè sino alla trasformazione in azienda pubblica di servizi alla persona o in enti di diritto privato, seguitano ad applicarsi a tali istituzioni le disposizioni previgenti, che divenute transitorie sono di stretta interpretazione e dunque indisponibili ad una lettura estensiva o analogica, sempreché le stesse interpretazioni o disposizioni non risultino in contrasto con la libertà d'assistenza (art. 38, Cost.; d.lgs. n. 207 del 2001, cit., art. 21) e con i principi posti dalla l. n. 328 del 2000, cit., e dal d.lgs. n. 207 del 2001, cit. (Cass., sez. I, 21 dicembre 1999, n. 14348; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2003, n. 7221; Id., sez. IV, 14 gennaio 2003, n. 1547; Cons. giust. amm. sic., 7 dicembre 2000, n. 485).

È il caso di talune prestazioni che la disciplina ottocentesca individua come obbligatorie, poiché imposte dalla legge in capo alle medesime istituzioni.

Il riferimento è ai soccorsi di urgenza, che le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza non possono rifiutare, se dispongano dei mezzi necessari, sotto pretesto che il povero non appartenga al Comune, in forza della disciplina del domicilio di soccorso, salvo il diritto di richiedere il rimborso delle spese al comune cui il ricoverato appartiene (l. n. 6972 del 1890, cit., art. 76; sul domicilio di soccorso: v. *supra*, cap. VI).

In assenza, sul punto, di norme di dettaglio nella disciplina di riordino statale o, ove emanata, regionale, occorre valutare se la disposizione ricordata possa essere intesa come espressione di un principio generale di solidarietà, il cui fondamento è posto ora nella Costituzione stessa: un tale assunto porrebbe infatti ancora oggi come cogente detto obbligo.

Al di là di tale ipotesi, che pone un vincolo normativo in ordine alle prestazioni da erogarsi, le I.P.A.B. paiono soggette agli obblighi di prestazione degli erogatori di servizio pubblico, con i limiti ricordati derivanti dal vincolo sull'attività posto all'origine dagli atti costitutivi, dalle tavole di fondazione o dalla volontà dei testatori che ne avevano disposto la costituzione (sugli obblighi di prestazione di servizio pubblico: v. *supra*, cap. II).

L'assunto pare doversi confermare anche ove l'ente sia trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona, ove lo statuto in sé non pare idoneo a vincolarne l'attività come obbligo di servizio verso i terzi, a meno di ritenerlo espressione di una promessa al pubblico (su cui v. R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, 1998, 73; v. anche *supra*, cap. VI).

Cionondimeno, secondo una disposizione che ben si coordina con la norma di legge statale che prevede come forma di gestione monocomunale dei servizi locali l'istituzione oppure l'azienda speciale (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, art. 114) – con la quale tuttavia non pare potersi confondere – l'azienda pubblica di servizi alla persona ben può candidarsi quale modalità privilegiata di gestione dei servizi sociali.

Accanto a enti che operano allo scopo di servire i poveri offrendo servizi, cibo, riparo, mezzi di sussistenza, con una destinazione preferenziale delle attività svolte verso i bisognosi e le persone in difficoltà (Cass., S.U., 18 settembre 2002, n. 13666; Cass., S.U., 7 maggio 1998, n. 4631; Cons. St., sez. IV, 13 maggio 1998 n. 793; Cass., S.U., 26 agosto 1997, n. 8053; Cass. S.U., 26 ottobre 1989, n. 4403; Cass., S.U., 10 luglio 1980, n. 4430 per l'accoglienza e l'educazione di orfani: TAR Abruzzo, 27 settembre 2002, n. 882; Cass, sez. II, 3 febbraio 1993, n. 1320), vi sono infatti istituzioni, anche trasformate, dedite all'assistenza agli anziani, anche infermieristica (Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6691; Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6754; Cass., S.U., 20 febbraio 2008, n. 4291; Cass., S.U., 1 marzo 2002, n. 3027; Cass., S.U., 22 novembre 1999, n. 812; TAR Puglia, sez. I, 7 novembre 2007, n. 2690; TAR Puglia, sez. I, 7 novembre 2007 n. 2689; TAR Liguria, Sez. II, 7 luglio 2005, n. 1022; TAR Toscana, sez. I, 20 marzo 2001 n. 576; per un caso di erogazione di prestazioni socio-sanitarie: TAR Lombardia, 22 marzo 2004, n. 228; per un caso di servizio infermieristico notturno in case di riposo: TAR Veneto, sez. I, 26 febbraio 2002, n. 957; Cass., S.U., 7 agosto 1996 n. 7220); alla gestione di ricoveri e residenze per persone disabili e non autosufficienti (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2005, n. 6420; Cass., S.U., 2 dicembre 2008, n. 28537; Cass., S.U., 15 luglio 2005, n. 14986); al ricovero dei minori con difficoltà (TAR Veneto, sez. I, 27 novembre

2002, n. 6425; per un caso di colonia marina per bambini affetti da gracilità, rachitismo e altre malattie infantili: Cass., S.U., 28 aprile 1989, n. 2007) e, più in generale, all'offerta di prestazioni di servizi alla persona non destinate a pro di una o più famiglie determinate, ma con devoluzione a favore della collettività (per il caso di un consultorio familiare: Cass., S. U., 23 aprile 2009, n. 9661; TAR Puglia, sez. II, 6 ottobre 2006, n. 3521; v. *supra*, cap. IV).

Altri ambiti di attività possono riguardare i servizi sanitari (Cons. St., sez. IV, 1 agosto 1985, n. 326), come i servizi di urgenza, di emergenza medica, di soccorso e di trasporto di infermi a mezzo di ambulanze (TAR Veneto, sez. I, 28 febbraio 2008, n. 494) ed educativi, come l'assistenza scolastica all'infanzia (per la gestione di un asilo infantile: Cass., S.U., 6 maggio 2009, n. 10365; Cass., S.U., 25 ottobre 1999, n. 751; Cass., S.U., 12 gennaio 1996, n. 176; Cass., S.U., 6 giugno 1995, n. 6342; TAR Veneto, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 619; TAR Liguria n. 1022 del 2005, cit.; TAR Abruzzo, 22 aprile 2005, n. 207) e la gestione di scuole materne, convitti, collegi e case-albergo per la gioventù e per orfani poveri e non orfani appartenenti a famiglie bisognose (Cass., S.U., n. 4403 del 1989, cit.).

La particolare natura e destinazione delle attività svolte pare divenire, per gli enti in esame, un presupposto vincolante la stessa struttura, ove le disposizioni sulla fusione, sulla trasformazione e sullo scioglimento, come ricordato, pongono al riguardo vincoli precisi in ordine alla tipologia dei servizi resi e alla conservazione della destinazione dei patrimoni a servizi comunque di carattere sociale.

Occorre allora domandarsi se anche gli enti che seguono alla trasformazione (aziende pubbliche di servizi alla persona o enti privati) svolgono l'attività statutaria poiché presupposta dalla disciplina sulla struttura organizzativa o se, piuttosto, sia l'attività stessa a costituire un vincolo strutturale, con il conseguente obbligo di operare non per il mercato. Un obbligo di destinazione preferenziale delle attività svolte verso i poveri, i bisognosi e le persone in difficoltà nei settori dell'educazione, della salute, dell'assistenza, poiché attività intrinsecamente prive di rilevanza economica (*not economically oriented*), e un conseguente divieto di svolgere attività *for profit*, anche collateralmente, con un'evidente simmetria rispetto al modello anglosassone delle *charities* (v. *supra*, in questo capitolo).

Non appare ad oggi ancora chiaro se detta preclusione possa intendersi come un vincolo indisponibile per i soggetti in esame, che, a differenza delle organizzazioni *not for profit*, forse con difficoltà potrebbero giustificare attività commerciali qualificabili come « sostanzialmente correlate » all'attività principale.

Solo attività commerciali del tutto incidentali, cioè irrilevanti, po-

trebbero essere ammesse: è il caso della vendita di piccola oggettistica fatta a mano dagli ospiti di una struttura di ricovero per disabili. In tali circostanze il carattere industriale, poiché standardizzato, dell'attività svolta collateralmente non inficia la natura non imprenditoriale dell'ente.

Quanto ora precisato conduce la mente al modello della fondazione, che è nota essere, secondo il diritto civile, una stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad uno scopo di pubblica utilità (F. GALGANO, 1, 4 e s.; art. 699 c.c.; Cass., 10 luglio 1979, n. 3963). Detto scopo può essere di natura culturale, come ad esempio la gestione di biblioteche, musei, erogazione di premi di studio, oppure di natura scientifica, come la gestione di centri di ricerca, infine di natura assistenziale, come ad esempio l'erogazione di assistenza agli indigenti o agli anziani.

Assumono interesse in particolare le fondazioni bancarie, persone giuridiche senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, che perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti, nell'ambito di settori determinati, individuati dall'ordinamento come ammessi o rilevanti, con menzione espressa degli interventi e dei servizi alla persona e, pertanto, delle prestazioni di assistenza sociale (d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del D.Lgs. 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della L. 23 dicembre 1998, n. 461, art. 2*).

Dall'attività svolta, tipicamente *non profit*, deriva il vincolo normativo, per dette fondazioni, del divieto di forme di finanziamento, diretto o indiretto, a imprese o altri enti con finalità di lucro, ad eccezione delle imprese strumentali, delle imprese sociali e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, e successive modificazioni (d.lgs. n. 153 del 1999, cit., art. 3, c. II; per l'impresa sociale: d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, *Disciplina dell'impresa sociale, a norma della L. 13 giugno 2005, n. 118*).

Divieto cui va aggiunto un vincolo ulteriore: le fondazioni bancarie possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano ad esclusivo oggetto l'esercizio di imprese strumentali, cioè di quelle imprese operanti «in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti» (d.lgs. n. 153 del 1999, cit., art. 6, c. I, art. 1, c. I, lett. *b*).

## Bibliografia

- L. ANTONINI, *Regionalismo differenziato, sussidiarietà e riforma del modello di Welfare state*, in *Dir. ed econ.*, 2000, 17;
- L. ANTONINI, *Il lento cammino della sussidiarietà tra convergenze teoriche e ostacoli di fatto*, in *Non Profit*, 2000, 49;
- L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato. La politica delle differenze, la welfare society e le prospettive del regionalismo italiano anche nel confronto con la riforma delle regime speciale per il T.A.A.*, Milano, 2001
- G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 189 e s.;
- G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it);
- G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, Relazione tenuta alla Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004;
- M. BERGOMI, *Il lungo viaggio delle IPAB. Verso un nuovo genus di persone giuridiche private di pubblica utilità, espressione del pluralismo istituzionale*, in *Contr. Impresa*, 2005, 1237;
- G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica privata*, 2004;
- M. CAMELLI, *Sussidiarietà e pubblica amministrazione*, in *Non Profit*, 2000, 36;
- S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602, 604;
- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- L. COLACINO CINNANTE, *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Digesto pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 684;
- M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009;
- A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1, 2001;
- S. D'AMELIO, *Contributo alla dottrina sulla definizione e classificazione delle Istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Foro it.*, 1907, I, 1068;
- S. D'AMELIO, *Brevi osservazioni sul carattere di pubblicità degli enti autarchici istituzionali di beneficenza*, in *Riv. beni pubbl.*, 1908, 337;
- L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 453, 454;
- F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969;
- F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976;
- F. GALGANO, *Fondazione*, in *Enc. giur.*, XIV;
- F. GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1987;
- G. LOMBARDI e L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Dir. e società*, 2003, 155;
- A. LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, in V.E. ORLANDO (a cura

- di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VIII, Milano, SEL, 1905, 383 s.;
- I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003;
- G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA, L. COEN e R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 177;
- F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in ID., *Il nuovo ordinamento italiano tra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, 2002, 99 e s.;
- A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001;
- U. POTOTSCHNIG, *I servizi sociali*, in *Le Regioni*, 1977, 1229 s.;
- A. ROMANO, *Art. 1*, in R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 1;
- A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, 30;
- SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, SEL, 1912, 375;
- A.M. SANDULLI, *I.P.A.B. e decentramento regionale*”, in *Dir. eccl.*, 1978, 493 s.;
- G.M. SARACCO, *Le istituzioni (pubbliche) di assistenza e beneficenza tra passato e futuro: dialettica di un rinnovamento annunciato*, in *Nomos*, 1990, fasc. 1, 45.

## Capitolo IX

### *Diritti e obblighi nella solidarietà privata tra legge e contratto*

di Joëlle Long

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Solidarietà familiare: diritti e obblighi. – 3. (segue): l'inadempimento dei doveri familiari di solidarietà: una panoramica. – 4. (segue): l'azione per la rifusione delle spese contro i familiari obbligati ex lege. – 5. La solidarietà privata extrafamiliare: le fonti negoziali. – 6. (segue): le fonti legali e giudiziali. – 7. La responsabilità dell'ente privato che svolga attività di assistenza sociale in senso lato.

#### 1. *Premessa*

La tradizionale locuzione “diritto all’assistenza”, com’è noto, indica il diritto a fruire di un insieme di prestazioni di dare e di fare volte a promuovere il benessere di una persona fisica che a causa di una condizione personale (menomazione o infermità fisica o psichica, ma anche uso di sostanze psicotrope o mera indigenza) o di una fase particolare del proprio ciclo di vita sia dipendente da altri in modo continuativo (si consenta il rinvio a J. LONG, 2010). L’affermazione di una concezione di assistenza come “cura della persona” che trascende l’ambito sanitario (inteso in senso stretto come attività terapeutiche volte alla guarigione o comunque al possibile miglioramento della persona) è giustificato, dal punto di vista teorico, con l’affermazione della nozione di “salute” come “uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solamente l’assenza di malattie o infermità” (così il Preambolo della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale per la Salute, firmata il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948).

Nel testo originario del codice civile l’unico riferimento all’assistenza alla persona come “non medical care” era inserito nell’illustrazione delle funzioni del tutore e del protutore del minorenni (articoli 357, 360 comma 3° e 361) e *per relationem* del tutore del maggiorenne interdetto per infermità mentale (così il rinvio di cui all’art.424 cod. civ.). Il timido accenno alla “cura dell’interesse del figlio” minorenni quale componente della potestà genitoriale intro-

dotto nell'art. 316 comma 5° cod. civ. dalla Riforma del diritto di famiglia del 1975 è stato poi recentemente ripreso dal legislatore nella legge sull'affidamento condiviso (cfr. art. 155 cod. civ., come modificato dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54 *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*). Ulteriori riferimenti alla "cura" della persona, infine, sono contenuti nella disciplina dell'amministrazione di sostegno (art. 405 comma 4°, art. 406 comma 3°, art. 408 comma 1° cod. civ., così come modificati dalla legge 9 gennaio 2004 n.6, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*). La stessa legge 8 novembre 2000, n. 328 sul "sistema integrato di interventi e servizi sociali" "riconosce e sostiene il ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona" (art. 16).

Il prestatore di assistenza e cura può essere sia un individuo, sia un ente, pubblico o privato. Spesso le cure erogate da soggetti privati integrano l'assistenza pubblica. Talvolta invece l'intervento privato prevale su quello pubblico per varie ragioni: il sistema pubblico non funziona in modo adeguato ed efficiente; mancano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione di prestazioni socio-assistenziali da parte dei servizi sociali; le persone coinvolte non conoscono i propri diritti e i modi per farli valere o rifiutano di coinvolgere soggetti pubblici in questioni sentite come esclusivamente "familiari". Talvolta, infine, è l'intervento pubblico a sopperire alla mancanza o insufficienza di una rete solidale privata, *in primis* familiare, atteso che talora le persone non conoscono i propri doveri o li rifiutano.

Per i privati, l'obbligo di assistenza può sorgere dalla legge, da una pronuncia giudiziale o, come avviene sempre più spesso, da un contratto. Nulla impedisce peraltro che, accanto al dovere di assistenza di fonte legale, sorga un obbligo di cura di fonte contrattuale. Il congiunto tenuto per legge agli alimenti, infatti, può obbligarsi all'assistenza verso il corrispettivo di una retribuzione periodica o, come più spesso avviene, del trasferimento *una tantum* di un capitale o di un immobile nell'ambito di un contratto di rendita vitalizia di cui agli artt. 1872 ss. cod. civ. o di un vitalizio atipico: la validità di tali atti negoziali discende – secondo la giurisprudenza – dal fatto che l'obbligo di assistenza è più ampio e dunque diverso rispetto a quello agli alimenti gravante sui parenti per legge (cfr. Cass. civ., 9 aprile 1980, n. 2283, in *Riv. notar.*, 1980, 1261).

L'esistenza di rilevanti differenze tra l'assistenza pubblica e privata alla persona «dipendente» non esclude ovviamente la presenza di tratti

comuni. Fa eccezione, com'è evidente, il servizio di cura che si esaurisce in una prestazione di dare quantitativamente predeterminata. Così avviene, per esempio, nel contratto di rendita vitalizia, con cui una parte (il vitalizante) si obbliga a corrispondere ad un'altra (il vitaliziato) una prestazione periodica di denaro o di altre cose fungibili per tutta la durata della vita di un soggetto, che può essere il vitaliziato, ma anche altra persona, verso il trasferimento di un bene immobile o di un capitale. Può invece essere inclusa tra le prestazioni di cura quella alimentare. Gli alimenti, infatti, pur consistendo soprattutto in una prestazione di dare, non hanno natura esclusivamente patrimoniale, in quanto presuppongono un vincolo personale pre-esistente (il rapporto familiare) tra l'alimentato e l'alimentante; la prestazione alimentare, inoltre, può essere adempiuta "accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto" (così l'art. 443 comma 1° cod. civ.), e dunque convertendola in obbligazione di fare a discrezione dell'obbligato (a favore della doppia natura, patrimoniale e non, dell'obbligo alimentare M. DOGLIOTTI, 1994, 107).

La prestazione di assistenza anzitutto *risponde a un interesse soprattutto non economico del creditore* (pensiamo al frequente desiderio della persona dipendente di "compagnia", che può essere soddisfatto tramite visite o contatti anche solo telefonici o epistolari) e può essere dedotto in obbligazione in quanto possibile oggetto di scambio con una prestazione patrimoniale e dunque suscettibile di valutazione economica *ex art. 1174 cod. civ.* La decisione delle parti di prevedere un corrispettivo di carattere patrimoniale per una prestazione che risponda a un interesse non economico del creditore, infatti, rende in concreto patrimoniale questa seconda prestazione, consentendo per esempio che essa possa essere dedotta in contratto (pensiamo al già richiamato esempio dei contatti anche solo telefonici o epistolari), salvo il limite generale della liceità del contratto stesso. In forza di tale ragionamento, per esempio, la consolidata giurisprudenza ammette la conclusione dei cosiddetti vitalizi atipici.

L'assistenza inoltre, come già accennato, integra una prestazione prevalentemente *di fare* frutto di una combinazione di singole attività. La conclusione di un contratto di assistenza domiciliare a favore di un familiare anziano non autosufficiente, per esempio, comporta l'individuazione del prestatore di cure, la definizione dei suoi compiti, la sua retribuzione, la vigilanza sull'esatto adempimento, ivi compresi la rinegoziazione delle condizioni contrattuali o il recesso nel caso di cambiamento della condizione dell'assistito. La medesima complessità caratterizza anche i doveri di cura di fonte legale: il dovere di istruire la prole minorenni impone ai genitori di trasmettere le proprie conoscenze, ma anche di assicurarsi che i figli minorenni fre-

quentino la scuola almeno dell'obbligo e di fornire alla prole i mezzi economici necessari a beneficiare dell'istruzione scolastica.

Le prestazioni di assistenza, inoltre, hanno tipicamente carattere *continuativo o periodico*: non si esauriscono, infatti, in una prestazione concentrata in un solo momento, ma obbligano a una pluralità di atti alcuni dei quali scaglionati nel tempo (e dunque propriamente "periodici", pensiamo per esempio al pagamento di una somma di denaro o all'assistenza limitata a giorni e fasce orarie predeterminate in un contratto di assistenza domiciliare), altri protratti nel tempo (così il dovere dei genitori di istruire, mantenere ed educare i figli minorenni o il dovere di assistere moralmente e materialmente il vitaliziato nei contratti di vitalizio atipico).

Il lavoro di cura, infine, è caratterizzato dall'*intuitus personae*, cioè dall'affidamento fatto dall'assistito sulle caratteristiche personali del debitore: queste possono riguardare sia le qualità fisiche e psichiche del prestatore di cure, sia la sua competenza ed esperienza professionale. Talvolta proprio la fiducia ingenerata nell'utente dalle caratteristiche del prestatore di cura è ritenuta dalla giurisprudenza idonea a fondare un'obbligazione di cura pur in assenza di un contratto con il professionista.

## 2. *Solidarietà familiare: diritti e obblighi*

Gli obblighi di assistenza di fonte legale riguardano essenzialmente l'ambito familiare (sugli obblighi di solidarietà extrafamiliare cfr. *infra* parr. 5 e 6).

L'attribuzione di rilevanza giuridica alla radicata convinzione che la famiglia costituisca luogo privilegiato e naturale per la crescita e il benessere delle persone "dipendenti" risponde, in effetti, a una molteplicità di esigenze: la volontà di "riconoscere" la funzione sociale della famiglia, intesa come formazione sociale (art. 2 Cost.) preesistente e autonoma rispetto allo Stato (l'art. 29 Cost., com'è noto, impone alla Repubblica di "riconoscere i diritti della famiglia come società naturale"); il progressivo acquisto della consapevolezza che, dal punto di vista della persona debole, l'ambiente familiare è spesso il luogo più idoneo in cui essere curato; l'esigenza dello Stato di contenimento della spesa sociale. Questa idea è da tempo profondamente radicata nella società italiana e informa oggi diversi testi normativi. La legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (l. n. 328 del 2000, cit.) valorizza il ruolo delle famiglie "nella cura della persona", prevedendo strumenti a sostegno delle responsabilità familiari (art. 16). Il Codice civile (art. 330 e ss.)

e la legge 4 maggio 1983 n.184 *Diritto del minore a una famiglia* (artt. 1, 2, 7, 8) stabiliscono che il minore possa essere allontanato dalla famiglia di origine solo qualora la sua permanenza all'interno del nucleo possa causargli un pregiudizio e comunque solo nei tempi e nei modi necessari alla sua protezione. La legge quadro sull'handicap (legge 5 febbraio 1992, n. 104) promuove la piena integrazione della persona con handicap nella famiglia (art. 1 lett. *a*) e richiede il coinvolgimento, la collaborazione e il sostegno alla famiglia nella scelta e nell'attuazione degli interventi socio-sanitari a favore dell'handicappato (art. 5 lett. *a, d, e, h* e art. 7).

Il contenuto degli obblighi legali di assistenza differisce secondo la cerchia familiare di riferimento.

Nella relazione coniugale e nei rapporti con la prole minorenni o maggiorenne non ancora economicamente autosufficiente o affetta da grave handicap l'obbligo comprende l'assistenza morale e il "mantenimento", quest'ultimo inteso come obbligazione pecuniaria volta a rendere omogeneo il tenore di vita dell'obbligato e del beneficiario.

Dal matrimonio derivano per i coniugi il diritto-dovere reciproco a un'intimità affettiva e amorosa (nel linguaggio del legislatore "fedeltà", "assistenza morale", "coabitazione"), nonché all'"assistenza materiale" e alla "contribuzione ai bisogni della famiglia" (art. 143 cod. civ.). La solidarietà coniugale non cessa né con la separazione giudizialmente pronunciata né con lo scioglimento del matrimonio. La pronuncia giudiziale di separazione o divorzio estingue i doveri coniugali di carattere personale e trasforma quelli di carattere patrimoniale in un obbligo di "mantenimento" del partner che non possa con i mezzi propri mantenere lo stesso tenore di vita goduto durante il matrimonio. La giurisprudenza di legittimità, com'è noto, riconosce e quantifica l'assegno al *partner* (ex art. 156 cod. civ. e ex art. 5 comma 6° legge 1° dicembre 1970, n. 898 *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) essenzialmente sulla base di un'analisi comparativa fra il tenore di vita goduto dai coniugi in costanza di matrimonio e la situazione patrimoniale del coniuge richiedente, al momento della domanda, al fine di stabilire se lo stesso abbia i mezzi sufficienti a garantirgli il mantenimento di un analogo tenore di vita o se lo stesso sia comunque in grado di procurarsi tali mezzi attraverso una sua proficua attività (cfr. Cass. civ. sez. 1° 27 settembre 2002, n. 4004 e Cass. civ. sez. 1° 24 maggio 2001 n. 7068). La legge, inoltre, riconosce al coniuge superstite il diritto di partecipare alle ricchezze del partner defunto, attribuendogli la qualità di legittimario nonché il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano (art. 540 cod. civ.).

I genitori hanno per legge l'obbligo di prendersi cura dei figli mi-

norenni indifferentemente legittimi e naturali (art. 30 Cost.; artt. 147, 155, 261 e 277 cod. civ.), biologici o adottivi (per questi ultimi v. artt. 27 e 48 legge n. 184/1983) e dei figli maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti o affetti da grave handicap ai sensi dell'art. 3, 3° co. della l. n. 104 del 1992 (art. 155 *quinquies* comma 2° cod. civ.). Funzionale alla cura dei figli minorenni, è l'attribuzione ai genitori della potestà genitoriale, costituita da un insieme di diritti e doveri individuati dalla legge: diritto-dovere di istruire, mantenere ed educare la prole, di rappresentarla legalmente e di amministrarne gli eventuali beni (artt. 147, 316 e 320 cod. civ.). Un'interessante pronuncia del Tribunale di Torino, pronunciando la separazione giudiziale dei coniugi e l'affidamento dei figli minorenni agli zii paterni, condanna entrambi i genitori a versare al Consorzio Con.I.S.A. (cui i Comuni dell'Alta e Bassa Valle di Susa e Val Cenischia e di Buttigliera Alta hanno affidato la gestione dei servizi socio-assistenziali) una somma mensile a parziale contributo "della quota affido e del rimborso spese straordinarie che viene erogato agli affidatari, onde evitare rapporti di tipo economico tra i genitori e gli affidatari" (Trib. Torino, sentenza 20 settembre 2007, estensore Orlando, inedita).

Nel caso dei figli maggiorenni che non abbiano ancora raggiunto l'indipendenza economica, l'obbligo di assistenza si esaurisce nel mantenimento (così l'art. 155 *quinquies* comma 1° cod. civ.), cioè nella tutela dell'aspettativa del figlio di godere di un tenore di vita omogeneo a quello del genitore obbligato, anche beneficiando dell'eventuale miglioramento delle condizioni economiche dei genitori rispetto al tempo della convivenza genitoriale (così Cass., sez. I, 28 giugno 1994, n. 6215, in *Foro it.*, 1994, I, 3029).

La riforma del 2006 ha stabilito che, in sede di decisione sull'affidamento della prole a seguito di rottura della relazione di coppia tra i genitori, ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applichino integralmente le disposizioni previste per i figli minorenni (art. 155 *quinquies* comma 2°). Secondo la migliore dottrina la norma esplicita una regola più ampia immanente al nostro ordinamento in forza della quale i genitori hanno un dovere di cura "per sempre" dei figli incapaci di provvedere a se stessi per ragioni di handicap fisico o psichico (M. SESTA, 2008). L'applicazione *tout court* della disciplina della potestà genitoriale ai figli maggiorenni con grave handicap implicherebbe tuttavia l'attribuzione ai genitori anche della rappresentanza legale di un soggetto che, essendo maggiorenne, può perdere o subire una limitazione della capacità d'agire solo a seguito di un provvedimento giudiziale di attivazione di un'amministrazione di sostegno, interdizione o inabilitazione.

Sia i diritti del coniuge, sia i diritti dei figli sono assistiti da particolari garanzie, prima tra tutte la facoltà di ottenere la distrazione dei redditi dell'obbligato e dunque il versamento diretto dell'ammontare del mantenimento dal soggetto tenuto a corrispondere periodicamente somme di denaro all'obbligato. Tale distrazione è espressamente prevista dalla legge solo per l'obbligazione di mantenimento dei minori da parte dei genitori o degli ascendenti (art. 148 comma 2° cod. civ.), per il mantenimento e gli alimenti del coniuge separato giudizialmente (art. 156 comma 6° cod. civ.) e per l'assegno di divorzio (art. 8 comma 3 legge n. 898 del 1970); la Corte costituzionale ne ha tuttavia esteso l'applicazione ai crediti dei figli di coniugi separati consensualmente (Corte cost., sentenza 12 maggio 1983 n. 144) e ai crediti dei coniugi separati consensualmente (Corte cost., sentenza 19 gennaio 1987, n. 5). L'ordine di distrazione, peraltro, è disciplinato con modalità diverse secondo lo strumento di rottura della relazione coniugale: nel caso di divorzio è lo stesso beneficiario che ordina la distrazione, previa costituzione in mora dell'obbligato, notificando al terzo il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno; negli altri casi invece l'ordine è necessariamente giudiziale.

Al di fuori della famiglia nucleare, la solidarietà familiare ha di regola un contenuto assai ridotto (la letteratura sugli alimenti è vastissima, tra i tanti v. C. ARGIROFFI, 1993; T. A. AULETTA, 1984; M. DOGLIOTTI, 1994; G. PROVERA, 1972; C. ROLANDO, 2006; G. TEDESCHI, 1969; D. VINCENZI AMATO, 1973). L'obbligo di assistenza anzitutto sorge solo qualora la persona "debole" si trovi in stato di bisogno, cioè qualora sia priva di mezzi e non possa provvedere al suo sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa confacente alle sue attitudini e alle sue condizioni sociali (artt. 433 ss. cod. civ.). Esso, inoltre, ha un contenuto prevalentemente patrimoniale, poiché consiste nella somministrazione dei cosiddetti "alimenti", cioè di quanto necessario a soddisfare i bisogni primari: vitto, alloggio, vestiario, prestazioni sanitarie e medicinali non voluttuari e che non siano erogati gratuitamente dal Servizio Sanitario Nazionale (sulla determinazione del *quantum* cfr. tre le tante Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, 1050 e Trib. Genova, 26 maggio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, 665). Il contributo economico, infine, è dovuto solo dalla domanda giudiziale o dalla costituzione in mora, qualora quest'ultima sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale (art. 445 cod. civ.).

I familiari tenuti per legge agli alimenti sono nell'ordine: il coniuge (ma solo ove non tenuto al mantenimento); i figli e in loro mancanza i discendenti, i genitori e in loro mancanza gli ascendenti;

gli affini entro il primo grado (con precedenza di generi e nuore dei suoceri); i fratelli e le sorelle. La giurisprudenza di legittimità e gran parte della dottrina ritengono che nel diritto vigente il vincolo di affinità permanga anche dopo il divorzio, salvi ovviamente i casi eccezionali individuati dall'art. 434 cod. civ.: il divorzio infatti non sarebbe di per sé idoneo a determinare la cessazione del vincolo di affinità sorto con il matrimonio poiché rimuove gli effetti del matrimonio solo *ex nunc* (cfr. in giurisprudenza Cass., 7 giugno 1978, n. 2848, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 2092). Il potenziale alimentando può agire direttamente nei confronti di un obbligato che risulti di grado posteriore nella graduatoria delineata dal legislatore, ma deve provare l'impossibilità di ottenere gli alimenti dagli obbligati di grado anteriore.

La consolidata giurisprudenza ritiene che l'attore assolva l'onere probatorio solo se dimostra lo stato di bisogno della persona assistita, le spese sostenute, l'esistenza di un obbligo legale di alimenti e la capacità economica del convenuto (Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, cit). Secondo i giudici, la prova dello "stato di bisogno" di cui all'art. 438 cod. civ. è raggiunta qualora si dimostri, oltre alla mancanza di mezzi, l'impossibilità dell'alimentando di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa confacente alla proprie attitudini e alle condizioni sociali per incapacità fisica o psichica per circostanze non imputabili al potenziale alimentando (Cass. civ., 30 marzo 1981, n.1820 e Cass. civ. 14 febbraio 1990 n. 1099: entrambe le pronunce avallano il rigetto della domanda di alimenti presentata dalla moglie cui la separazione è stata addebitata per non avere la stessa provato l'invalidità o impossibilità di prestare attività lavorativa. In senso conforme sugli obblighi tra parenti v. Cass. civ., 14 febbraio 2007 n.3334, in *Foro it.*, 2008, 2009 e Trib. Trani, 1° dicembre 2008, in *DeJure.Giuffrè.it*). Per la determinazione della misura degli alimenti occorre avere riguardo al contesto socio-economico del richiedente e dell'obbligato (cfr. art. 438 cod. civ.).

L'analisi della giurisprudenza dimostra che a richiedere gli alimenti spesso è il genitore che agisce contro i figli (es. Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2007, n. 3334, in *Fam. e dir.*, 2007, 1002). Sempre più numerose sono tuttavia le azioni proposte da figli maggiorenni che hanno raggiunto e poi perso l'indipendenza economica (es. Cass. civ., 28 gennaio 2008, in *Fam. e dir.*, 2008, 783).

In un numero crescente di casi, peraltro, a invocare la tutela in via giudiziale del diritto agli alimenti non è il potenziale beneficiario ma un soggetto diverso. Talvolta la domanda di alimenti è proposta in nome e per conto dell'aspirante alimentando da un terzo: il tu-

tore, l'amministratore di sostegno o il procuratore generale. La giurisprudenza, infatti, riconosce la legittimazione attiva del procuratore generale del beneficiario alla proposizione della domanda (così Trib. Bari, sentenza 14 agosto 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 396, con nota di G. FINO) e consente l'utilizzo dell'amministrazione di sostegno anche solo per il recupero dei crediti alimentari dell'adulto "fragile" (v. Trib. Modena, 11 ottobre 2007, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)).

Un rischio insito nella legittimazione attiva del tutore e dell'amministratore di sostegno alla proposizione della domanda di alimenti è che, in concreto, la richiesta di attivazione dello strumento di protezione (che limita o addirittura esclude la capacità di agire della persona: l'interdizione, in particolare, determina la perdita dei diritti politici, nonché della possibilità di compiere atti giuridici validi e quindi di sposarsi, fare testamento, riconoscere il proprio figlio naturale, concludere un contratto, accettare un'eredità) possa essere dettata dalla volontà di alcuni familiari o dell'ente pubblico che ha cura della persona di superare l'inerzia o addirittura il rifiuto di quest'ultima di attivarsi contro i parenti tenuti per legge agli alimenti. Com'è noto, infatti, possono chiedere l'apertura di una tutela o di un'amministrazione di sostegno anche il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo (artt. 406 e 417 cod. civ.) e, ma solo per l'amministrazione di sostegno, "i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona" (art. 406 comma 3° cod. civ.). Per escludere tale rischio, spetterà al giudice adito valutare la capacità di discernimento del soggetto e, nei casi in cui sia adeguatamente motivata, rispettarne la scelta di non chiedere gli alimenti rifiutando l'autorizzazione all'azione giudiziale. Con specifico riferimento all'amministrazione di sostegno, peraltro, l'articolo 410 del codice civile prevede espressamente che nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno debba tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario e che debba tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. Nel caso in cui la segnalazione al tribunale per l'interdizione o il ricorso al giudice tutelare per la nomina di un amministratore di sostegno venga dai servizi socio-assistenziali territoriali, il rischio potrebbe essere che l'attivazione della misura sia volta soprattutto a soddisfare esigenze di contenimento della spesa pubblica: pensiamo in particolare ai numerosi casi di anziani ospitati in strutture assistenziali (sull'utilizzo dell'amministrazione di sostegno a favore di beneficiari anziani, cfr. App. Milano, 3 marzo 2006, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1698; Trib. Modena, 4 maggio 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1341; Trib. Modena 24 febbraio 2005,

in *Giur. it.*, 2005, 1627; Trib. Modena 21 dicembre 2005, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, 35). Queste esigenze, che sono ovviamente non solo legittime ma assolutamente condivisibili, non possono però indurre a relegare in secondo piano la persona del beneficiario. Il giudice che valutasse l'azione per gli alimenti necessaria per la protezione del soggetto debole, ritenendo tuttavia il soggetto adeguatamente assistito per il resto (pensiamo a un anziano ospitato presso una struttura assistenziale della quale però non sia più in grado di pagare la retta con i suoi mezzi) ben potrebbe nominare un amministratore di sostegno solo per l'esercizio di tale azione (così G. LAVEDINI, 2006 e in giurisprudenza *mutatis mutandis* Trib. Roma, 15 ottobre 2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)). In questo modo la capacità di agire del soggetto sarebbe limitata nella misura minore possibile, in conformità con quanto stabilito nell'art. 1 della l. 9 gennaio 2004, n. 6 e sarebbe al contempo giustamente tutelato anche l'interesse generale a garantire la sussidiarietà dell'intervento assistenziale pubblico rispetto a quello privato (su tale principio v. *supra*, cap. VIII). Ovviamente il giudice, come già illustrato, sarebbe comunque tenuto a esaminare con attenzione le ragioni dell'inerzia del potenziale beneficiario nei confronti dei parenti tenuti per legge agli alimenti.

Dall'analisi della giurisprudenza in materia alimentare emerge inoltre che, in un numero considerevole di casi, il potenziale beneficiario è addirittura estraneo alla lite. Numerose sono infatti le azioni contro i familiari tenuti al mantenimento o agli alimenti esercitate sia da privati coobbligati (es. Trib. Monza, sez. I, 15 gennaio 2007, in *Leggi d'Italia*, 2009; Cass. civ. Sez. III, 22 dicembre 2004, n. 23823, in *Fam. e dir.*, 2005, 190; App. Milano, 1° marzo 2002, in *Giur. milanese*, 2002, 243; Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, cit.), sia da enti pubblici che abbiano anticipato quanto necessario alla cura della persona in stato di bisogno, molto spesso un anziano ospitato in una struttura residenziale (v. *supra*, cap. VI). Le cause dell'inerzia del beneficiario possono essere varie: la mancata conoscenza da parte dei soggetti dei propri diritti e delle modalità per farli valere; il rifiuto del familiare in difficoltà di coinvolgere soggetti pubblici in questioni domestiche; l'acquiescenza del familiare in condizione di debolezza economica alla volontà del familiare più forte; il malfunzionamento del sistema pubblico di intervento a sostegno delle persone in condizioni di disagio sociale.

L'obbligo legale di assistenza tra familiari non impone di per sé la convivenza tra l'assistito e il prestatore di cura. Secondo la consolidata giurisprudenza, i coniugi possono convenire di avere residenze anche anagrafiche separate (cfr. da ultimo Cass. civ. sez. I, 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, 2235). I genitori possono decidere

di affidare i figli minorenni anche a tempo indeterminato a parenti entro il quarto grado e a terzi per un periodo massimo di sei mesi (art. 9 comma 4° legge 4 maggio 1983 n.184). La rottura della convivenza tra genitore e figlio a seguito della crisi della relazione di coppia tra i genitori (e la conseguente scelta giudiziale del genitore coabitante con il figlio) o il provvedimento di affidamento extrafamiliare giudiziale non estinguono il dovere di cura del genitore, che rimane obbligato a contribuire al mantenimento e all'educazione (e dunque alla "cura") della prole minorenni. L'accoglienza e il mantenimento nella propria casa del parente in stato di bisogno è una modalità di adempimento dell'obbligo alimentare rimessa alla volontà del debitore (art. 443 comma 1° cod. civ.). Il giudice, tuttavia, "secondo le circostanze" può imporre all'obbligato l'adempimento mediante un assegno alimentare (art. 443 comma 2°); nel silenzio della legge, appare ragionevole che il giudice cerchi di raggiungere un equo contemperamento tra gli interessi del creditore e del debitore.

Le prestazioni di cura di carattere non patrimoniale (es. assistenza morale, fedeltà e coabitazione con il coniuge; educazione della prole) e le prestazioni di carattere patrimoniale consistenti in un fare di carattere infungibile (es. assistenza al coniuge infermo) non sono ovviamente coercibili, cioè eseguibili in forma specifica. Il creditore può invece utilmente ricorrere all'esecuzione forzata per l'adempimento degli obblighi di mantenimento e di assistenza meramente materiale.

### 3. *(segue): l'inadempimento dei doveri familiari di solidarietà: una panoramica*

L'inadempimento cosciente e volontario dei doveri di assistenza scaturenti dal vincolo matrimoniale e dal rapporto di parentela può avere specifiche conseguenze civili e penali. Il genitore che non adempie i propri doveri di cura può subire una limitazione o addirittura l'ablazione temporanea o definitiva della potestà genitoriale (art. 330 ss. cod. civ.; art. 8 legge 184/1983). Il coniuge che, violando i diritti coniugali, si sia reso responsabile della rottura della relazione di coppia può, su richiesta dell'altro coniuge che presenti in giudizio domanda di addebito della separazione, perdere il diritto al mantenimento e i diritti successori, pur conservando il più limitato diritto agli alimenti (art. 156 e art. 433 cod. civ.) e il diritto a un assegno vitalizio qualora al momento dell'apertura della successione godesse di un assegno di alimenti a carico dell'eredità (art. 548 comma 2° cod. civ.). Tra le fattispecie in cui la giurisprudenza ha pronunciato l'addebito della separazione per violazione del dovere coniugale di assi-

stenza, si segnalano: l'allontanamento del coniuge dalla casa coniugale dettato non da specifiche esigenze lavorative, ma dall'intento del medesimo di abbandonare la famiglia (Trib. Bari, 07 ottobre 2008, n. 1039, in *Giurisprudenzabarese.it* 2008); il persistente rifiuto di intrattenere rapporti affettivi e sessuali con il coniuge (Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2005, n. 6276, in *Foro it.*, 2005, 1, 2994; Trib. Torino, 26 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 751). I giudici hanno invece escluso l'addebito in un caso di mancata assistenza da parte del marito alla moglie che si trovava in stato di grave infermità mentale perdurante nel tempo e non reversibile, ritenendo che il comportamento del marito costituisse non un rifiuto dell'impegno solidaristico assunto con il matrimonio, ma una "presa d'atto di una non superabile e già maturata situazione di impossibilità della convivenza" (Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 1995, n. 13021, in *Fam. e dir.*, 1996, 241).

Il coniuge che si allontani ingiustificatamente dalla residenza familiare perde il diritto all'assistenza morale e materiale da parte dell'altro (art. 146 cod. civ.). Il coniuge cui sia imputabile la invalidità del matrimonio può essere chiamato, qualora il matrimonio sia annullato, a somministrare gli alimenti al partner in buona fede che si trovi in stato bisogno se non sussistono altri soggetti obbligati *ex lege* (art. 129 bis cod. civ.).

Solo da una decina di anni, invece, la giurisprudenza e più recentemente anche il legislatore sanzionano con il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali il coniuge o il genitore che non abbiano prestato le cure cui sono tenuti per legge.

Nei rapporti di coppia il diritto al risarcimento per violazione del dovere di assistenza inteso in senso lato è riconosciuto dal d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità), che indica la tutela risarcitoria tra gli strumenti per contrastare pratiche di discriminazione anche perpetrate in famiglia. Nei rapporti coniugali, la giurisprudenza ha ammesso il risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà qualora la violazione abbia comportato lesione di dignità ed onore dell'altro coniuge per il discredito derivatogli (Trib. Milano 7 marzo 2002, in *Corr. giur.*, 2002, 1211, con nota di G. DE MARZO) e per violazione del dovere di assistenza (Trib. Milano 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, 185; Trib. Firenze 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, 161, con nota di M. DOGLIOTTI; Corte d'Appello di Torino, sentenza 21 febbraio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, V, 475, con nota di R. C. DEL CONTE). Nell'esistenza di prole comune trova giustificazione il diritto al risarcimento dei danni riconosciuto al genitore che subisca la lesione del proprio diritto di affidamento o di visita da parte dell'altro (art. 709 ter cod. proc. civ., così come modificato introdotto dall'art. 2 comma 2° l. n. 54 del 2006).

Passando all'analisi delle relazioni verticali tra genitori e figli minorenni, la recente legge sull'affidamento condiviso ha stabilito che genitori possano essere condannati a risarcire i danni provocati alla prole dalla violazione dei provvedimenti giudiziari in materia di affidamento emessi in sede di rottura della relazione di coppia (art. 2 comma 2° l. n. 54 del 2006). A partire dal 2000, peraltro, la giurisprudenza di legittimità ammette il risarcimento del danno "esistenziale" e patrimoniale subito dal figlio a causa della violazione dell'obbligo di assistenza morale, materiale ed educativa del minore da parte del genitore (artt. 147 e 148 cod. civ.: cfr. Cass. civ., Sezione 1, 7 giugno 2000 n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2001, 159; Trib. Venezia 18 aprile 2006, in *Danno e resp.*, 2007, n. 5, 576; Trib. Venezia 30 giugno 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 298; App. Bologna 10 febbraio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 514) nonché per violazione del dovere di visita da parte del genitore non affidatario (artt. 147, 148, 155 cod. civ.: Trib. Monza 5 novembre 2004, in *Danno e responsabilità*, 2005, 8-9, 851; Cass., 8 febbraio 2000, n. 1365; Trib. Brindisi, 30 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2001, 391). La giurisprudenza ha espressamente ammesso la legittimazione del Comune, nominato tutore provvisorio del minore, a proporre azione per il risarcimento dei danni nei confronti del padre venuto meno ai doveri imposti dal rapporto di filiazione (Trib. Bologna, 10 luglio 2007, in *Fam. e dir.*, 2009, 487, con nota di FAROLFI).

La violazione degli obblighi di cura verso congiunti, infine, può integrare i reati di "violazione degli obblighi di assistenza familiare" (art. 570 cod. pen.) o abbandono di minori o di adulti incapaci dei quali si abbia la custodia o si debba comunque avere cura (art. 591 cod. pen.).

#### 4. (segue): l'azione per la rifusione delle spese contro i familiari obbligati ex lege

Non sempre coloro che spontaneamente si prendono cura moralmente e materialmente della persona in difficoltà sono i soggetti tenuti per legge al mantenimento o agli alimenti. Anche nei casi in cui lo siano, peraltro, spesso la distribuzione del carico patrimoniale dell'assistenza non avviene secondo quanto previsto dalla legge. In tutte queste situazioni si pone il problema dell'azione contro i familiari obbligati o co-obbligati per il rimborso di quanto speso per l'assistenza alla persona da parte di coloro che si siano presi cura della stessa. Qualora il prestatore di cure sia stato esclusivamente uno dei co-obbligati, la rifusione sarà pro quota; negli altri casi, potrà essere

esercitata per intero nei confronti di uno dei co-obbligati (anche di grado successivo, qualora si provi l'insufficienza economica di quelli di grado anteriore), con possibilità poi per quest'ultimo di rivalersi sugli altri co-obbligati di pari grado.

L'ordinamento italiano ammette senz'altro la rifusione tra privati.

Nei rapporti interni tra i genitori l'obbligo di mantenimento deve essere adempiuto secondo un criterio proporzionale "in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo" (art. 148 comma 1° cod. civ.). Se uno dei genitori adempie oltre la sua parte, avrà il diritto di convenire in giudizio l'altro per ottenere il rimborso *pro quota* delle spese sostenute per il figlio. Poiché il dovere di mantenimento della prole è collegato allo status genitoriale e decorre dunque dalla nascita, e non dal giorno della domanda giudiziale, e tanto meno da quello della pronuncia della relativa sentenza, dalla stessa data nasce l'obbligo di rimborsare l'altro genitore che abbia integralmente provveduto al mantenimento del figlio (la giurisprudenza ha enunciato questo principio soprattutto con riferimento alla filiazione naturale, ma appare applicabile anche alla filiazione legittima in attuazione del principio generale in forza del quale le responsabilità genitoriali derivano dal mero fatto della procreazione v. Cass. 26 maggio 2004, n. 10124; Cass. 1° ottobre 1999, n. 10861; Cass. 26 giugno 1987, n. 5619 e, nella giurisprudenza di merito, App. Roma 22 ottobre 2004, in *Guida al diritto* 2004, 46, 89).

Nei rapporti verso i figli, invece, i genitori sono obbligati solidalmente. In conseguenza di ciò, il figlio avrà diritto a essere mantenuto per intero dal genitore che ne abbia la disponibilità economica indipendentemente dalle ragioni del mancato adempimento dell'altro (per esempio defunto, incapiente, inadempiente). Per la medesima ragione, nella medesima situazione il genitore che sopporti per intero i costi del mantenimento della prole e che ne abbia la disponibilità economica non potrà chiedere nessun contributo agli ascendenti (tenuti *ex art. 148 comma 1°* a concorrere nel mantenimento dei nipotini qualora i genitori non abbiano i mezzi sufficienti): il loro obbligo di concorrere al mantenimento dei nipotini è infatti rigorosamente sussidiario (cfr. Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1995, n. 3402 in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 1409; Trib. Reggio Calabria, sez. I, 18 maggio 2007, n. 678, in *Il merito*, 2008, 4, 46 solo massima).

Nei rapporti verso i terzi creditori con i quali uno dei genitori abbia contratto obbligazioni nell'interesse della famiglia, l'esistenza della solidarietà (e dunque dell'estensione della garanzia patrimoniale del credito anche al patrimonio del genitore che non si sia impegnato direttamente) è affermata dalla giurisprudenza con esclusivo riferimento alle obbligazioni assunte, anche implicitamente, per esigenze

primarie della famiglia (es. vitto, alloggio, spese mediche indispensabili): in tali situazioni infatti esisterebbe una sorta di “mandato tacito” tra i genitori (Cass. civ. 25 luglio 1992 n.8995). La solidarietà è invece negata in tutti gli altri casi, “difettando una deroga alla regola generale secondo cui il contratto non produce effetti rispetto ai terzi” (così Cass. civ. 15 febbraio 2007, n.3471). Una recente pronuncia di legittimità, per esempio, conferma il rigetto dell’azione proposta da un istituto scolastico privato per il pagamento della retta contro il genitore che non aveva sottoscritto il modulo d’iscrizione scolastica, negando nel caso di specie l’esistenza di un’obbligazione solidale (Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25026).

Nel caso di alimenti, invece, lo strumento per la rifusione delle spese è la gestione di affari altrui *ex art.* 2028 ss. cod. civ., sia qualora l’adempimento sia avvenuto da parte di un terzo, sia nel caso in cui a prendersi cura della persona debole sia stato uno dei co-obbligati *ex lege*. La possibilità di utilizzare questo strumento è stata di recente implicitamente ribadita dai giudici di legittimità che hanno tuttavia poi respinto nel merito la domanda del suocero contro il genero per il rimborso di quanto speso per l’assistenza materiale della figlia allontanatasi volontariamente dal domicilio coniugale: il genero non era tenuto all’assistenza verso la moglie allontanatasi spontaneamente ed ingiustificatamente dalla casa familiare; la donna non versava comunque in stato di bisogno; il padre aveva mantenuto la figlia separata di fatto per spirito di liberalità e non in adempimento di obblighi del marito (Cass. civ., sez. III, 22 dicembre 2004, n. 23823; cfr. anche Cass. civ., sez. I, 9 agosto 1988, n. 4883; Trib. Genova, 26 maggio 2003, cit.; App. Milano, 1° marzo 2002, cit.; Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, cit.). L’assistenza materiale per spirito di liberalità esclude l’utilizzabilità della gestione di affari altrui per la rifusione delle spese sostenute (Cass. civ., sez. III, 22 dicembre 2004, n. 23823, cit.).

Per quanto concerne le somme spese per la cura del familiare in stato di bisogno, è pacifico che debbano ritenersi ricomprese nella nozione di “alimenti”, e come tali rimborsabili, non solo vitto, alloggio e vestiario, ma anche i costi dell’assistenza e dell’accompagnamento della persona che non sia in grado di accudire a sé stessa (Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, cit. e Trib. Genova, 26 maggio 2003, cit.). Nel caso in cui il gestore abbia anticipato le spese di ospitalità presso una struttura assistenziale privata o in convenzione, la prova e la conseguente liquidazione è agevole. Più complessa è invece la quantificazione nel caso di assistenza prestata presso il domicilio del gestore o della persona in stato di bisogno. Nella limitata giurisprudenza sul punto, i giudici precisano che la quantificazione

deve essere effettuata prescindendo dalle caratteristiche personali del gestore, e dunque per esempio dai suoi mancati guadagni e dalle “eventuali limitazioni o sacrifici alla libertà di vita” subiti (secondo i giudici tali limitazioni e sacrifici non possono essere rimborsati in quanto rimangono libere scelte del familiare: così App. Milano, 1° marzo 2002, cit.), e valutando invece il controvalore effettivo delle prestazioni effettuate, calcolato per esempio con riferimento all’indennità corrisposta per l’accompagnamento in sede previdenziale (così Trib. Vallo della Lucania, 8 luglio 1991, cit.).

Passando a esaminare la rivalsa degli enti pubblici territoriali istituzionalmente tenuti all’erogazione di servizi socio-sanitari e socio-assistenziali, occorre distinguere le azioni contro i familiari tenuti al mantenimento (principalmente i genitori di figli minorenni, indifferentemente conviventi o non) e quelle contro i familiari tenuti agli alimenti. Il caso, com’è evidente, è quello in cui l’ente pubblico non abbia concluso con i familiari dell’assistito alcun contratto preventivamente all’erogazione della prestazione: diversamente, infatti, l’azione per la rifusione delle spese avrebbe ovviamente natura contrattuale.

Non risulta giurisprudenza, quantomeno edita, che abbia espressamente escluso l’esperibilità dell’azione dell’ente pubblico contro i genitori. In una recentissima pronuncia il Tribunale di Biella ha ritenuto tenuto al rimborso dei costi della mensa scolastica fruita dal figlio un padre naturale non convivente con il minore: secondo il giudice, infatti, si trattava di obbligazione contratta dalla madre per il soddisfacimento di esigenze primarie del minore e dunque solidale; a sostegno dell’interpretazione proposta viene richiamata la giurisprudenza della Cassazione in materia di rivalsa tra i genitori per le spese di mantenimento citata *supra* (Trib. Biella 26 maggio 2009, est. Reggiani, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)). Nella Regione Lombardia il Comune può sempre agire in rivalsa contro i soggetti tenuti *ex lege* al mantenimento del minore inserito in una struttura residenziale o in affidamento familiare (così espressamente le Circolari n. 35 e 36 del 6 novembre 2007 della Divisione Generale Famiglia e solidarietà sociale della Regione Lombardia). Nel Comune di Torino, invece, la rivalsa appare, almeno in linea teorica (non risulta infatti che il Comune soglia promuovere tali azioni), esperibile per i soli affidamenti disposti per “difficoltà sociale”: per quelli disposti per “rischio educativo” si prevede invece il riferimento alla sola situazione economica del minore, con conseguente gratuità di tutti gli affidamenti (cfr. la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Torino recante «Riordino delle prestazioni domiciliari sociali e sociosanitarie» del 30 novembre 2009).

Controverta è invece la giurisprudenza in materia di rivalsa degli enti pubblici contro i parenti tenuti agli alimenti (la dottrina sul tema

è vasta v. A. ANSALDO, 1997; I. CACCIAVILLANI, 1998; A. FIGONE, 2000; M. DOGLIOTTI, 2002, 1999, 1998, 1996, 1995, 1993, 1989, 1988, 1985; G. LAVEDINI, 2006; C. ROLANDO, 2006).

Fino all'agosto 2008, il principale argomento a favore dell'esperibilità della rivalsa da parte dell'ente pubblico era costituito dall'art. 1 comma 3° della legge 3 dicembre 1931, n. 1580, che stabilisce che l'azione di rivalsa pubblica per le "spese di spedalità e manicomiali" "può essere esercitata, ove occorra, anche verso i congiunti dei ricoverati stessi nell'ordine stabilito dall'art. 142 cod. civ. (oggi art. 438 cod. civ. 1942 Nda), che erano per legge tenuti agli alimenti durante il periodo del ricovero e si trovino in condizione di sostenere, in tutto o in parte, l'onere delle degenze...". Secondo la consolidata giurisprudenza, tale norma, in forza di un'interpretazione estensiva, consentiva a Comuni, Consorzi di Comuni, Comunità montane e A.S.L. di ottenere il rimborso per le prestazioni socio-sanitarie che non devono per legge considerarsi a titolo gratuito, e dunque per quelle di natura "mista" sanitaria e assistenziale e per quelle di natura meramente assistenziale (così Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629, in *Guida al Diritto*, 2004, 14, 61; Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2003, n. 4460 che però ha escluso la sussistenza del diritto, trattandosi di prestazioni ospedaliere gratuite; Cass. civ., 16 marzo 2001, n.3822, in *Giur. it.*, 2001, 1820, con nota di DE RENTIIS; Cass. civ., 10 maggio 1999, n.4621; Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 481, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 905; Trib. Treviso 1 luglio 1997, in *Giur. merito*, 1998, 519; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 1992, n. 11209).

Trattandosi di una specificazione dell'azione generale di arricchimento senza causa, la rivalsa proposta ex art. 1, comma 3° legge 1580/1931 poteva essere accolta solo ove sussistessero i requisiti propri di tale istituto (così Cass. civ., sez. I, 10 maggio 1999, n. 4621, che respinge l'azione di rivalsa poiché esperita nei confronti di soggetti non tenuti agli alimenti nei confronti del ricoverato, e che, pertanto, non si erano indebitamente arricchiti con pregiudizio della unità sanitaria locale). La tesi della vigenza dell'art. 1 legge n.1580/1931 aveva peraltro ricevuto autorevole avallo dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 349 del 22 giugno 1989, dichiarando la legittimità costituzionale della norma, aveva specificato che il rinvio doveva ritenersi "non già alla disciplina codicistica degli alimenti allora in vigore considerata nel suo specifico contenuto, bensì alla disciplina codicistica degli alimenti vigente al tempo di avveramento della fattispecie, e ciò in considerazione del carattere sostitutivo che l'onere delle spese di spedalità e manicomiali a carico delle amministrazioni pubbliche presenta rispetto all'adempimento dell'obbligo alimentare da parte dei soggetti sui quali esso grava nei confronti del ricoverato".

Nell'estate 2008, tuttavia, l'intera legge n. 1580/1931 è stata esplicitamente abrogata dall'art. 24 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (cosiddetto "taglia leggi"), convertito con modificazioni con legge 6 agosto 2008, n. 133. Una dottrina e una giurisprudenza minoritarie avevano peraltro già ritenuto la legge n.1580/1931 implicitamente abrogata dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 di istituzione del servizio sanitario nazionale e poi dalle leggi 328/2000 e dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109: tali norme, infatti, avrebbero completamente ridisciplinato la materia dei servizi socio-assistenziali (così, con riferimento alla normativa più risalente, DOGLIOTTI, 1995 e Trib. Verona, 14 maggio 1996, in *Fam. e dir.*, 1997, 55). A favore della vigenza della legge 1580/1931 si era tuttavia espressa da ultimo Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3629, che aveva però limitato l'esame di compatibilità alla legge 833/1978 di istituzione del Servizio sanitario nazionale.

L'intervenuta abrogazione della legge n. 1580/1931 impone agli operatori di indagare l'utilizzabilità degli ordinari strumenti civilistici, in primis la gestione di affari altrui e l'arricchimento senza causa, per ottenere dai familiari tenuti per legge agli alimenti la rifusione delle spese indebitamente sostenute dall'ente pubblico per la cura di una persona in stato di bisogno (a favore dell'uso della gestione di affari altrui sembrerebbe esprimersi Trib. Torino, 13 agosto 1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, 3145).

Ad avviso di parte della dottrina (M. DOGLIOTTI, 1995 e 2002; A. FIGONE, 2000; A. Ansaldo, 1997) e di una giurisprudenza minoritaria (Trib. Verona, 14 maggio 1996, cit. e Trib. Torino, 1° marzo 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, 48) la rivalsa dell'ente pubblico contro i parenti tenuti per legge agli alimenti dovrebbe essere esclusa in ragione: 1) della natura strettamente personalmente del diritto alimentare; 2) della necessaria gratuità di ogni intervento pubblico di cura della persona priva in tutto o in parte della capacità di provvedere da sé ai suoi interessi.

1) Ammettere l'azione dell'ente pubblico si risolverebbe in definitiva nella surrogazione di quest'ultimo all'alimentando (M. DOGLIOTTI, 1987 e A. ANSALDO, 1997). Tale sostituzione sarebbe illegittima in quanto lederebbe la facoltà del potenziale alimentando di scegliere liberamente se chiedere gli alimenti ai familiari: ex art. 438 cod. civ., infatti, gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento. Secondo la dottrina, la scelta dell'alimentando rientra in "una delle sfere più riservate e sensibili della personalità dell'individuo", poiché trova la sua giustificazione in "legami di fiducia, affetto e gratitudine, il cui valore non può apprezzarsi in senso assoluto ed

in via definitiva, ma muta invece a seconda delle persone in concreto coinvolte ed è destinato a mutare col mutare della coscienza morale e sociale” (D. VINCENZI AMATO, 1973). A favore della legittimazione attiva del solo alimentando dovrebbe essere inteso l’art. 2 comma 6° decreto legislativo n.109 del 1998, *Definizioni di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, a norma dell’articolo 59, comma 51, della L. 27 dicembre 1997, n. 449*, secondo cui “Le disposizioni del presente decreto non modificano la disciplina relativa ai soggetti tenuti alla prestazione degli alimenti ai sensi dell’art. 433 del codice civile e non possono essere interpretate nel senso dell’attribuzione agli enti erogatori della facoltà di cui all’articolo 438, primo comma, del codice civile nei confronti dei componenti il nucleo familiare del richiedente la prestazione sociale agevolata” (corsivo nostro).

2) Da un punto di vista più generale, la dottrina contraria alla rivalsa dell’ente pubblico evidenzia che lo Stato ha un dovere istituzionale di soccorso delle persone in stato di bisogno e che dunque l’assistenza sociale non può mai ritenersi “spontanea” come invece richiesto dall’art.2028 cod. civ. per l’applicazione dell’istituto della gestione di affari altrui (cfr. M. DOGLIOTTI, 1993). Il progressivo rafforzamento dell’intervento pubblico nella sfera socio-sanitaria realizzato a partire dall’istituzione del Servizio Sanitario Nazionale avrebbe posto il principio della gratuità per gli utenti non solo degli interventi prevalentemente a carattere sanitario, ma di ogni prestazione di cura della persona che non sia in grado di provvedere autonomamente a sé e dunque per esempio di tutti gli interventi a favore degli anziani, in particolare quelli non autosufficienti (M. DOGLIOTTI, 1995, cit., 3151 e A. ANSALDO, 1997. In giurisprudenza v. Trib. Verona, 14 maggio 1996, cit.). La tesi si fonda, com’è evidente, su un’interpretazione assai ampia del concetto di “salute”, sostanzialmente riconducibile a quella, già ricodata, fornita dal Preambolo della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale per la Salute. La gratuità di tutti gli interventi e servizi sociali sarebbe oggi esplicitamente imposta dall’art. 25 della legge 328 del 2000, che, richiamando il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109, così come modificato dal decreto legislativo 3 maggio 2000, n. 130 (“ai fini dell’accesso ai servizi disciplinati dalla presente legge, la verifica della condizione economica del richiedente e’ effettuata secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109, come modificato dal decreto legislativo 3 maggio 2000, n. 130”), avrebbe esteso il divieto di valutare per l’accesso alle prestazioni anche i mezzi economici dei familiari dell’assistito oltre l’ambito delle “prestazioni sociali agevolate” oggetto di quel testo normativo (Dogliotti, 2002).

Secondo l'interpretazione maggioritaria invece il richiamo della legge n. 328/2000 al decreto legislativo n.109/1998 deve ritenersi limitato agli specifici interventi socio-assistenziali individuati in tale decreto. Una diversa interpretazione peraltro non consentirebbe di spiegare l'art. 4 comma 8° decr. legisl. 109/1998 (secondo cui "... una quota delle verifiche assegnate alla Guardia di finanza è riservata al controllo sostanziale della posizione reddituale e patrimoniale *dei nuclei familiari dei soggetti beneficiari di prestazioni*, secondo criteri selettivi stabiliti dalla direttiva stessa", corsivo nostro).

Alla luce di questa seconda interpretazione dell'art. 25 l. 328/2000, la rifusione dovrebbe essere esclusa solamente nei casi in cui una fonte normativa nazionale o di origine infranazionale espressamente stabilisca:

a) *la gratuità indipendentemente dal reddito dell'obbligato* (così è, com'è noto, per le prestazioni prevalentemente sanitarie: sull'utilizzo del criterio della prevalenza delle prestazioni per determinare se gli oneri economici di un determinato intervento debbano essere posti a carico del Servizio Sanitario Nazionale e dell'A.S.L. di territorio oppure dei Comuni cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, decisione 29 aprile 2009, n. 2747, in *Il quotidiano giuridico*, 4 maggio 2009) *ovvero*

b) *che occorra avere riguardo alla situazione economica del solo assistito*, o a quella del solo coniuge o più in generale dei soli familiari conviventi, dunque indipendentemente dal patrimonio e dai redditi degli altri familiari tenuti per legge agli alimenti.

L'art. 3 comma 2° ter del decr. legisl. n. 109/1998, per esempio, prevede il solo rilievo della condizione economica dell'assistito per le "prestazioni sociali agevolate assicurate nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria, erogate a domicilio o in ambiente residenziale a ciclo diurno o continuativo, rivolte a persone con handicap permanente grave...nonché a soggetti ultra sessantacinquenni la cui non autosufficienza fisica o psichica sia stata accertata dalle aziende unità sanitarie locali" (recentemente, peraltro, l'ordinanza 12 giugno 2009 del Consiglio di Stato ha superato la distinzione fra attività sociosanitarie integrate e prestazioni o servizi sociali o assistenziali non destinati alla generalità del soggetto o comunque collegati nella misura o nel costo a determinate situazioni economiche). In attuazione di tale norma, la Regione Piemonte ha recentemente adottato un'apposita delibera che individua i criteri di compartecipazione degli utenti anziani non autosufficienti al costo della retta praticata nelle strutture assistenziali "valutando il solo reddito e patrimonio individuale" (Deliberazione della Giunta della Regione Piemonte n. 37-6500 del 23 luglio 2007). Una deliberazione del Con-

siglio comunale del Comune di Torino del 30 novembre 2009 (“Riordino delle prestazioni domiciliari sociali e sociosanitarie”) prevede che l’erogazione delle prestazioni domiciliari sociali e socio-sanitarie a favore di persone non autosufficienti avvenga considerando “la situazione economica del solo beneficiario delle prestazioni, e non dei suoi conviventi o familiari”: in conseguenza di ciò, per esempio, deve ritenersi esclusa a priori la rivalsa del Comune contro i genitori a favore dei cui figli minorenni siano stati disposti interventi domiciliari per “rischio educativo”, cioè che possono essere ricondotte ad una condizione familiare di deprivazione materiale, culturale, relazionale, di abilità sociali e di organizzazione nella vita quotidiana” (es. affidamento diurno). Ai fini della pensione di invalidità civile, peraltro, la nozione di redditi rilevanti comprende i redditi del pensionato e del coniuge, ma non anche il reddito di altri familiari anche se facenti parte del medesimo nucleo familiare (così interpreta la l. 30 marzo 1971, n. 118, art. 12, comma 1° il Trib Reggio Cal., est. Romeo, 22 ottobre 2009 in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)).

Aderendo a questa tesi, numerosi tribunali amministrativi regionali hanno dichiarato illegittimi i regolamenti locali che prevedono la partecipazione dei familiari ai costi delle prestazioni rivolte a persone con handicap permanente grave o soggetti ultra sessantacinquenni non autosufficienti (per un’esauriente rassegna della copiosa giurisprudenza v. il sito della Fondazione di Promozione Sociale [www.fondazione-promozionesociale.it](http://www.fondazione-promozionesociale.it) alla voce “le contribuzioni illegali” e F. TREBESCHI, 2009). Un buon esempio di ciò è offerto dalla richiesta ai privati di integrazione delle rette per ricoveri nelle Residenze Sanitarie Assistenziali: la legge prevede che le rette di ricovero presso le R.S.A. siano pagate per il 50% dal Servizio Sanitario Nazionale e per il restante 50% dal Comune di residenza (art. 54 della legge 289/02), con l’eventuale compartecipazione dell’utente che però, in applicazione del decr. legisl. n.109/1998, dovrebbe essere calcolata esclusivamente in relazione al valore dell’I.S.E.E. dell’assistito (in questo senso, v. TAR Firenze, 17 novembre 2008). Per ragioni analoghe dovrebbe essere esclusa anche l’integrazione per l’accoglienza di persone portatrici di handicap in Comunità Alloggio, Servizi alla Formazione all’Autonomia, Centri Diurni per Disabili (così TAR Brescia del 2 aprile 2008 n. 350).

Nelle medesime situazioni, infine, devono ritenersi annullabili per errore eventuali contratti sottoscritti dai parenti dell’assistito in base alla falsa rappresentazione dell’esistenza di un dovere imposto dalla legge e annullabili per dolo, e talvolta addirittura per violenza, i contratti “imposti” ai parenti con la minaccia di dimissioni dell’assistito. Talvolta i ricorrenti hanno prospettato invece la nullità dei contratti

per illiceità dovuta alla presenza nel nostro ordinamento di una norma imperativa che porrebbe l'obbligo di cura degli anziani non autosufficienti a carico del servizio sanitario nazionale (tesi respinta da Trib. Torino, 12 agosto 1999, cit.). Propende autorevolmente per l'invalidità P. Rescigno (1993, p. 690).

L'azione di regresso contro i familiari tenuti per legge all'assistenza potrebbe invece riguardare gli interventi sociali o la quota "assistenziale" delle prestazioni socio-sanitarie che siano stati erogate a favore di soggetti in stato di bisogno che non rientrino nei gruppi individuati dal decreto legislativo n. 109/1998 o eventualmente dalle fonti di livello infranazionale pertinenti. Appare in quest'ottica perfettamente legittimo che nei regolamenti comunali per l'erogazione di interventi di assistenza sociale i comuni si riservino la facoltà di rivalersi sia contro gli assistiti sia contro i familiari obbligati per legge agli alimenti per i casi in cui l'Amministrazione sia intervenuta direttamente in ragione della situazione di urgenza o comunque del suo carattere indifferibile e, successivamente, a seguito del completamento dell'istruttoria, abbia accertato l'assenza dei presupposti stabiliti dalla legge per un intervento a totale carico dell'ente pubblico.

Da un punto di vista di politica del diritto, il riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione di regresso verso i familiari tenuti per legge all'assistenza attua il principio di sussidiarietà "orizzontale" in quanto prevede la partecipazione privata agli oneri dell'assistenza sociale (su tale principio v. diffusamente *supra*, cap. VIII).

Appare peraltro interessante notare che la rivalsa dell'ente pubblico contro i familiari tenuti per legge agli alimenti è ammessa in altri Paesi europei. In Francia l'art. 132-6 del *Code de l'action sociale et des familles* prevede che "le persone tenute all'obbligazione alimentare posta dagli articoli 205 e seguenti del Codice civile sono invitate, in caso di qualsiasi domanda di assistenza sociale, a indicare l'assistenza che possono fornire al richiedente e a dimostrare, ove necessario, la loro impossibilità di coprire la totalità dei costi (per un commento cfr. M. LAMARCHE, 2008). La rivalsa da parte di un ente pubblico è inoltre contemplata (ma per la sua esperibilità si rinvia ai diritti nazionali) dalle fonti comunitarie che includono nella nozione di "creditore alimentare" gli enti pubblici che hanno il diritto di agire per conto di una persona cui siano dovuti alimenti o di chiedere il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti: cfr. da ultimo art. 64 e Considerando n. 14 del Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

### 5. La solidarietà privata extrafamiliare: le fonti negoziali

Al di fuori dell'ambito familiare, la solidarietà privata è prevalentemente di fonte contrattuale. I contratti "di assistenza alla persona", che vincolano una delle parti a effettuare prestazioni di dare e/o soprattutto di fare volte a promuovere il benessere di una persona non autosufficiente o parzialmente autosufficiente (così J. LONG, 2010), hanno origini lontane. Il contratto di baliatico, diffuso già nell'antichità e poi progressivamente abbandonato dalla fine del XVIII secolo, era spesso concluso anche informalmente tra il padre del neonato e il marito o il padrone della balia e obbligava quest'ultima all'allattamento di un infante verso un corrispettivo da versare in denaro o natura alla nutrice stessa o a colui che aveva stipulato il contratto. La delega della cura dei bambini a terzi spesso proseguiva anche dopo lo svezzamento. Talvolta le balie rimanevano a occuparsi dell'allevamento dei "figli di latte" come "balie asciutte". Talvolta venivano assunti professionisti *ad hoc* che vivevano nella casa padronale (la governante, l'istitutrice, il precettore). Nelle classi meno elevate era assai diffuso già nel medioevo il collocamento extrafamiliare del bambino e dell'adolescente presso una famiglia artigiana o contadina affinché imparasse un mestiere.

Le ragioni che spingono oggi i privati a concludere contratti di cura sono plurime ed eterogenee (sul tema diffusamente J. LONG, 2010).

L'esigenza di contenere la spesa sociale (particolarmente sentita in questo periodo di crisi economica) e i dubbi sui confini della partecipazione privata (dell'assistito e dei familiari, conviventi e non) alle spese per l'assistenza sociale e sugli strumenti per ottenerla coattivamente inducono gli enti erogatori di prestazioni socio-assistenziali a ricorrere sempre più frequentemente a strumenti contrattuali. Tra gli istituti assistenziali pubblici e privati convenzionati è sempre più diffusa la prassi di richiedere ai congiunti, al momento del ricovero dell'anziano, di assumere per iscritto, in via principale o sussidiaria (le espressioni usate sono fumose: "si rende garante del corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali dell'ospite", "si assume la responsabilità di patronato per accettazione del presente contratto", "formalmente si obbliga per conto dell'ospite"), l'obbligo di pagamento della retta per i cosiddetti "servizi alberghieri" e di "assistenza alla persona": tale impegno è spesso assunto dal familiare nella convinzione che si tratti dell'adempimento di un obbligo derivante dalle norme civilistiche in materia di alimenti.

La scelta di alcune amministrazioni pubbliche locali di erogare parte degli interventi socio-assistenziali tramite buoni di acquisto (*vou-*

*chers*: v. *supra*, cap. IV) che i privati individui possano poi spendere per fruire di servizi erogati da enti privati accreditati favorisce la conclusione di contratti di cura tra la persona debole (o più spesso i suoi familiari) e singoli individui o enti privati che forniscano assistenza domiciliare o presso una struttura residenziale (ma per gli enti accreditati che operano nell'ambito dell'erogazione di un servizio pubblico con assunzione delle conseguenti obbligazioni: v. *supra*, capp. II, IV, VI, VIII). Il mancato adempimento spontaneo degli obblighi di cura da parte dei familiari tenutivi *ex lege* o l'insufficienza dell'assistenza prestata dai familiari e/o dai soggetti pubblici possono indurre la persona che disponga di un adeguato patrimonio mobiliare o immobiliare a concludere un contratto tipico di rendita vitalizia o, più spesso, un contratto atipico di assistenza con estranei oppure con i parenti o gli affini tenuti per legge agli alimenti.

Il prestatore di cura che voglia garantire che la persona debole sia adeguatamente assistita anche dopo la propria morte può decidere di stipulare un contratto di assistenza da eseguirsi *post mortem*. Sull'esempio delle polizze angloamericane di *long term care insurance*, alcune società assicuratrici italiane, infine, propongono un'assicurazione contro il rischio di sopravvenuta non autosufficienza dello stipulante o di un terzo (così avviene nelle polizze stipulate dal datore di lavoro a favore dei dipendenti): a causa del loro costo assai elevato (soprattutto per le persone che ne avrebbero particolare bisogno per età o condizione di salute) e delle limitate agevolazioni pubbliche, tuttavia, tali contratti rimangono ancora poco diffusi.

Appare difficile, se non impossibile, offrire una ricostruzione unitaria della categoria dei contratti di assistenza alla persona. Talvolta sono contratti a prestazioni sostanzialmente corrispettive (es. contratto di collaborazione domestica); talvolta sono misti (es. contratto che disponga il trasferimento di un immobile quale corrispettivo di una prestazione di assistenza di valore significativamente inferiore al prezzo di mercato dello stesso). Talvolta il prestatore di cure è un singolo senza alcuna particolare qualifica professionale (es. la cosiddetta badante); talvolta è un ente, pubblico o privato (pensiamo al contratto di ospitalità concluso da una persona anziana con una casa di riposo). Talvolta sono conclusi tra un professionista e un consumatore: pensiamo per esempio al contratto di ospitalità con una casa di riposo, ma anche al contratto di assicurazione *long term care*. Talvolta i contratti di assistenza sono stipulati direttamente dal beneficiario; talvolta invece sono a favore del terzo, incapace o no. In quest'ultimo caso, come già accennato, può avvenire che le parti concordino che l'esecuzione delle prestazioni di cura avvenga dopo la morte dello stipulante.

Di fonte negoziale, sebbene non contrattuale, infine, sono i legati di alimenti, di mantenimento e di rendita vitalizia. Il primo, l'unico espressamente disciplinato dal codice civile (art. 660 cod. civ.), secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, presuppone lo stato di bisogno del legatario, analogamente agli alimenti legali, alla cui disciplina rinvia infatti per la determinazione delle "somministrazioni" a favore del legatario l'art. 660 cod. civ. Il testatore che desideri garantire al legatario una somma determinata, indipendentemente dalla sua condizione economica, sceglierà invece il legato di rendita vitalizia. Il legato di mantenimento, infine, assicurerà invece al legatario non solo i mezzi di sussistenza, ma tutto quanto necessario al soddisfacimento di qualsiasi esigenza della vita, sia pure in proporzione dei mezzi dell'obbligato.

#### 6. (segue): le fonti legali e giudiziali

Tra gli esempi di solidarietà privata di fonte legale si possono ricordare: l'obbligo del donatario di fornire gli alimenti al donante con precedenza rispetto a tutti gli altri obbligati (così l'art. 437 cod. civ.); l'obbligo di assistenza cui è tenuto chi trovi un fanciullo minore degli anni dieci, un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, o ferita o altrimenti in pericolo (art. 593 cod. pen.) o l'utente della strada coinvolto in un incidente stradale (art. 189 cod. strada); il dovere dell'imprenditore di "adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro" (art. 2087 cod. civ.).

All'interno della solidarietà privata in senso lato di fonte legale possono essere ricompresi anche tutti quei casi in cui la fonte dell'obbligazione di cura sia un provvedimento giudiziario di protezione di una persona che a causa di una condizione personale (menomazione o infermità fisica o psichica, uso di sostanze psicotrope) o di una fase particolare del proprio ciclo di vita abbia bisogno di assistenza altrui in modo continuativo. Nel caso dei minorenni tale provvedimento può essere la tutela (art. 343 e ss. cod. civ.) o l'affidamento extrafamiliare (artt. 2 e ss. legge 4 maggio 1983 n.184 e artt. 330 cod. civ.). Nel caso dei maggiorenni l'obbligo giudiziale di cura grava l'amministratore di sostegno (art. 404 e ss. cod. civ.), il tutore dell'interdetto e il curatore dell'inabilitato (artt. 414 ss. cod. civ.).

L'apertura della tutela e la nomina al minorenne di un tutore sono effettuate dal giudice tutelare in caso di morte di entrambi i genitori o di loro impossibilità "per altre cause" di esercitare la potestà geni-

toriale (art. 343 comma 1° cod. civ.); se l'impossibilità di esercitare la potestà genitoriale è di carattere transitorio, l'apertura della tutela può essere accompagnata da un affidamento extrafamiliare ex art. 2 legge 184/1983. Il tutore ha precisi obblighi di cura sia della persona (art. 357 cod. civ.) sia del patrimonio del minore (art. 357, art. 362, art. 374, art. 375, art. 382 cod. civ.): la netta prevalenza qualitativa e quantitativa delle norme dedicate a questo secondo aspetto dimostra inequivocabilmente che, in effetti, la preoccupazione prevalente del legislatore è la *cura patrimonii*. La presenza di un dovere di cura della persona e del patrimonio non impone di per sé la coabitazione con il minore. La legge anzi sembra considerare normale la mancanza di coabitazione: il minore infatti "non può abbandonare la casa o l'istituto al quale è stato destinato senza permesso del tutore. Qualora se ne allontani senza permesso, il tutore ha diritto di richiamarlo, ricorrendo, se è necessario, al giudice tutelare" (art. 358 commi 2° e 3° cod. civ.).

Il collocamento temporaneo del minore al di fuori della famiglia nucleare per il tempo necessario affinché sia ricostituito (o costituito) un ambiente familiare idoneo ad accoglierlo costituisce uno degli strumenti di protezione del minore di più frequente adozione da parte dei tribunali per i minorenni. Gli affidatari, cui sono equiparati gli educatori delle comunità (l'art. 5 comma 3° legge 184/1983 rinvia all'art. 5 comma 1° della medesima legge), devono accogliere presso di loro il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione "tenendo conto delle indicazioni dei genitori" per i quali non vi sia stata di decadenza o limitazione dalla potestà o del tutore (art. 5 comma 1° l. n. 184 del 1983). Consapevole delle difficoltà pratiche di individuazione delle sfere di competenza della famiglia di origine e di accoglienza, la l. n. 184 del 1983 ha stabilito che nel provvedimento di affidamento debbano essere indicati "tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario" (art. 4 comma 3° legge 184/1983) e che gli affidatari "in ogni caso" esercitino "i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie" (art. 5 comma 1° legge 184/1983). L'attribuzione in capo agli affidatari di diritti e doveri di tipo paragenitoriale è riconosciuta anche da altri testi normativi e dalla giurisprudenza: anche gli affidatari godono dei congedi parentali e dell'astensione dal lavoro previsti per i genitori biologici e adottivi (cfr. decreto legislativo 26 marzo 2001 n.151 cd. T. U. maternità); gli affidatari hanno il diritto di costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale per la morte in un incidente stradale del minore loro affidato (Cass. pen., 13 luglio 2001, n. 35121, in *Fam. e dir.*, 2002, 277).

Passando ora a esaminare la cura della persona maggiorenne, valgono per l'interdizione e l'inabilitazione le considerazioni appena svolte in merito alla prevalente attenzione del legislatore agli aspetti patrimoniali della tutela: le funzioni del tutore dell'interdetto e quelle del curatore dell'inabilitato, infatti, sono individuate *per relationem* dalla disciplina rispettivamente della tutela dei minorenni e della curatela dei minori emancipati (art. 424 comma 1° cod. civ.). Una crescente sensibilità per gli aspetti personali emerge, tuttavia, dalle modifiche introdotte dalla legge n. 6/2004 che ha attribuito al tribunale la facoltà di indicare nella sentenza di interdizione gli atti di ordinaria amministrazione da riservare alla competenza dell'interdetto o all'intervento congiunto del tutore e dell'interdetto e nella sentenza di inabilitazione gli atti di straordinaria amministrazione che l'inabilitato può compiere da solo (art. 427 comma 1° cod. civ.). Analogamente a quanto illustrato in merito alla tutela dei minori, inoltre, l'analisi delle fonti normative dimostra che il compito del tutore di cura della persona "debole" non impone la coabitazione e la prestazione di cure materiali, ma solo il dovere di vigilare affinché l'interdetto riceva cure adeguate eventualmente anche da terzi: in questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale, secondo cui "l'obbligo di cura della persona non comporta oneri e spese quantificabili, sia pure forfetariamente, in denaro, e d'altra parte il contenuto di tale obbligo non implica la prestazione personale di servizi propri di un lavoratore domestico o di un infermiere, ben potendo il tutore, se il patrimonio o lo consente, farsi autorizzare dal giudice ad assumere una o più persone di servizio oppure a collocare l'incapace in un istituto idoneo ad assisterlo, o altrimenti a chiedere il soccorso delle istituzioni pubbliche di assistenza" (cfr. Corte cost., ordinanza 6 dicembre 1988 n. 1073). A favore di tale interpretazione, può essere richiamata la norma che consente l'istituzione di un fedecommesso a favore "della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto" (art. 692 cod. civ.).

Anche l'amministratore di sostegno, così come il tutore, ha un generale compito di cura della persona, oltreché del patrimonio, del beneficiario. La legge non lo dice espressamente, ma in questo senso militano diverse norme: la prescrizione al giudice tutelare di scegliere l'amministratore di sostegno "con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi del beneficiario" (art. 408 comma 1° cod. civ.) deve evidentemente essere intesa come necessità di valutare l'idoneità allo svolgimento dell'incarico alla luce della capacità di adempiere i compiti propri del ruolo; la scelta di attribuire al giudice tutelare poteri d'urgenza inerenti la cura della persona (art. 405 comma 4° cod. civ.), inoltre, si giustifica con l'esigenza di garantire al beneficiario un ade-

guata protezione anche prima della “presa di servizio” dell’amministratore. Il contenuto degli obblighi di cura della persona e del patrimonio del beneficiario deve essere indicato dal giudice tutelare nel decreto di nomina dell’amministratore (art. 405 comma 4° cod. civ.). In attuazione del principio della minore limitazione possibile della capacità di agire del beneficiario (art. 1 l. n.6 del 2004), il giudice tutelare gode di un’ampia discrezionalità nella definizione dei compiti dell’amministratore, potendo per esempio stabilire che quest’ultimo curi un solo aspetto della vita dell’assistito, quale la scelta di un trattamento sanitario o il compimento di un determinato atto patrimoniale. La dottrina ha precisato che l’individuazione da parte del legislatore dell’essenza dell’amministrazione di sostegno nei compiti di sostituzione e/o assistenza dell’amministratore rispetto al beneficiario fa sì che i compiti di cura dell’amministratore consistano essenzialmente in un’“attività di tipo giuridico” (es. consenso a un trattamento sanitario, conclusione di un contratto di assistenza domiciliare) e che le attività “materiali” di cura (es. somministrazione di farmaci) siano invece svolte dall’amministratore solo eventualmente e comunque in virtù di una scelta spontanea dell’amministratore, di solito motivata dal particolare vincolo affettivo che lo lega al beneficiario: pensiamo per esempio alla nomina quale amministratore di sostegno del coniuge, del convivente *more uxorio*, del figlio o del genitore (così M. N. BUGETTI, 2008, 268 s.).

#### 7. *La responsabilità dell’ente privato che svolga attività di assistenza sociale in senso lato*

La responsabilità dell’ente privato che svolga attività di assistenza sociale in senso lato non può essere ricondotta a un unico modello.

Nel caso in cui l’ente privato non operi in regime di convenzione con l’ente pubblico istituzionalmente tenuto all’erogazione dei servizi sociali, esiste di regola un contratto con l’assistito o i suoi familiari (es. contratto di ospitalità con una casa di riposo privata; contratto di assistenza domiciliare con una cooperativa. Sui contratti di cura cfr. *supra* par. 5) ed è dunque pacifico che la responsabilità verso l’utente per violazione del dovere di assistenza inteso in senso lato sia di natura contrattuale.

Alcune difficoltà pone invece la responsabilità dell’ente privato che operi in regime di convenzione, cioè in esecuzione di un atto bilaterale (la “convenzione”) con il quale l’ente pubblico gli abbia attribuito in gestione un intervento o servizio socio-assistenziale del quale siano definite le caratteristiche essenziali, es. ammontare della retta

giornaliera a carico dell'ente e dell'ente pubblico, modalità di compilazione e tenuta della documentazione socio-sanitaria (sul tema cfr. diffusamente R. CAVALLO PERIN, 1998).

In alcuni casi, anche in questa ipotesi l'assistito o i suoi familiari stipulano con l'ente privato un contratto (si parla in dottrina di cosiddetto "contratto di utenza") e dunque la responsabilità di quest'ultimo è certamente di tipo contrattuale: pensiamo ai contratti stipulati dagli utenti adulti capaci di intendere e volere (es. contratto di ospitalità in casa rifugio per donne maltrattate) o dai loro legali rappresentanti (tutore, curatore, amministratore di sostegno), nonché ai contratti a favore dell'assistito stipulati da un familiare (es. contratto per l'accoglienza del figlio minore in una comunità di tipo familiare concluso dai genitori esercenti la potestà nell'ambito di un affidamento consensuale *ex art. 4 comma 1° legge n. 184/1983*; contratto di ospitalità in comunità madre-bambino, salvo ovviamente il caso in cui la potestà della madre sia stata limitata o esclusa come avviene talvolta nel caso di madri tossicodipendenti; contratto di ospitalità in una casa di riposo stipulato dai figli adulti di persona anziana in condizione di debolezza).

In altri casi, invece, non esiste un contratto di cura, perché l'intervento è disposto con provvedimento di un'autorità pubblica: pensiamo all'affidamento disposto d'urgenza *ex art. 403 cod. civ.* dall'autorità di pubblica sicurezza, eventualmente anche contro la volontà degli esercenti la potestà, all'affidamento giudiziale del minore *ex art. 4 comma 2° legge n.184 del 1983, cit.*, all'inserimento in una residenza protetta a seguito di provvedimento dei servizi sociali territoriali. La mancanza di un contratto di cura non esclude di per sé la possibilità di configurare una responsabilità di tipo contrattuale. Al medesimo risultato arriva peraltro anche quella parte della dottrina che configura come «promessa al pubblico» o come ogni altro o fatto da cui sorga un'obbligazione (R. CAVALLO PERIN, 1998), oppure come contratto a favore dei terzi utenti la convenzione tra la P.A. e l'ente privato in forza della quale viene poi erogato il servizio di assistenza (L. LENTI, 2002, p. 189 e BILOTTA, 2001, p. 46).

In via residuale, rimane ovviamente aperta la possibilità di configurare una responsabilità extracontrattuale dell'ente *ex art. 2049* per il fatto del singolo operatore, che sarà ovviamente anch'egli tenuto a risponderne.

### Bibliografia

- A. ANSALDO, *Anziani non autosufficienti: obbligo alimentare e pagamento della retta degli istituti di assistenza*, in *Fam. e dir.*, 1997, 57;
- C. ARGIROFFI, *Gli alimenti. I profili oggettivi del rapporto*, Torino, 1993;
- T.A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984;
- F. BILOTTA, *I danni subiti dal minore nei servizi e nelle comunità per minori*, in *MinoriGiustizia*, n. 3-4, 2001, 39;
- M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsoa, Milano, 2008;
- I. CACCIAVILLANI, *L'onere «privato» delle spese sanitarie e assistenziali*, in *Giur. merito*, 1998, 520;
- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- M. DOGLIOTTI, *Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o i responsabili delle strutture sanitarie?*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 1178;
- M. DOGLIOTTI, *Ancora sul pagamento delle rette di ricovero a carico dei parenti: "errare humanum est, perseverare diabolicum"*, in *Prospettive assistenziali*, 2002, n. 138;
- M. DOGLIOTTI, *Esiste un diritto alla salute degli anziani non autosufficienti?*, in *Giust. civ.*, 1995, 3149;
- M. DOGLIOTTI, *Gli enti pubblici non possono pretendere contributi economici dai parenti tenuti agli alimenti di persone assistite*, in *Prospettive Assistenziali*, 1989, n.87;
- M. DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 711;
- M. DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute spetta a tutti i cittadini... tranne che agli anziani non autosufficienti*, in *Giur. it.*, 1993, 679;
- M. DOGLIOTTI, *Illegale l'imposizione da parte degli enti assistenziali di contribuzioni economiche ai parenti tenuti agli alimenti*, in *Prospettive Assistenziali*, 1988, n. 81;
- M. DOGLIOTTI, *La Cassazione ed i contributi richiesti ai parenti dei ricoverati*, in *Prospettive Assistenziali*, 1998, n. 123;
- M. DOGLIOTTI, *Obbligo alimentare e prestazione assistenziale*, in *Prospettive Assistenziali*, 1985, n. 72;
- M. DOGLIOTTI, *Parenti dei ricoverati: sono illegittime la rivalsa dell'ente erogatore e la sottoscrizione dell'impegno a pagare le rette*, in *Prospettive Assistenziali*, 1999, n.125;
- M. DOGLIOTTI, *Poteri delle Regioni in materia di contributi economici richiesti ai parenti degli assistiti*, in *Prospettive Assistenziali*, 1996, n. 115;
- M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, nel *Trattato Cicu - Messineo*, Milano, 1994;
- A. FIGONE, *Diritto degli anziani non autosufficienti e pagamento delle rette di ricovero*, in *Fam. e dir.*, 2000, 49;
- M. LAMARCHE, *Obligation alimentaires et législation sociale à travers l'Europe*, in *Droit de la famille*, 2008, Alertes, 2;

- G. LAVEDINI, *Passato, presente e futuro (?) del diritto di rivalsa degli enti pubblici per le prestazioni socio-assistenziali erogate. Le nuove prospettive concesse dall'istituto dell'amministrazioni di sostegno*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 2016;
- L. LENTI, *Minorenni in affidamento e responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti*, Milano, 2002, vol. VI;
- J. LONG, *La cura alla persona dipendente tra etica, legge e contratto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, n. 1, 478;
- G. PROVERA, *Degli alimenti*, nel *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972;
- P. RESCIGNO, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 690;
- C. ROLANDO, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia*, Milano, 2006;
- C. ROLANDO, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia: tutela civile, penale, internazionale*, Milano, 2006;
- M. SESTA, *Affidamento condiviso e nuove dimensioni dell'obbligo di mantenimento*, in V. ROPPO e G. SAVORANI (a cura di), *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea* Torino, 2008, 43 ss.
- G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1969;
- F. TREBESCHI, *Pagare il giusto: il 2009 consolida le conquiste del 2008*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it);
- D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973.



## Capitolo X

### *Dovere di solidarietà e protezione penale*

di Maurizio Riverditi

SOMMARIO: 1. Diritto penale e solidarietà: le ragioni di un binomio. – 2. Il reato omissivo quale principale “manifestazione” della visione solidaristica del diritto penale. – 3. (segue): i “delitti di omessa solidarietà”. – 4. Il dovere di soccorso quale prototipo del dovere di solidarietà. – 5. (segue): i confini del dovere di soccorso: a) le situazioni tipiche di pericolo ed i correlativi doveri d’intervento. – 6. (segue) b) Il ritrovamento della persona in pericolo. – 7. L’omissione di assistenza prevista dall’art. 189 Codice della strada. – 8. La posizione di garanzia (in particolare di protezione). – 9. (segue): il dovere di solidarietà e la sua indifferenza rispetto al comportamento pericoloso del “creditore” della prestazione dovuta. Cenni. – 10. L’individuazione del livello minimo di solidarietà generalmente imposto: la soglia del «rischio consentito» e le regole cautelari fondanti il giudizio di colpa penale. – 11. Le potenzialità espansive del dovere di solidarietà: alcuni esempi significativi.

#### 1. *Diritto penale e solidarietà: le ragioni di un binomio*

Nell’esaminare i rapporti che corrono tra diritto penale e “dovere di solidarietà”, inteso, quest’ultimo, come pretesa che l’ordinamento rivolge al singolo di farsi carico del suo “prossimo” ed assistita da sanzione per il caso di sua inottemperanza, non ci si può esimere da una considerazione d’ordine generale: il diritto penale, nella sua dimensione epistemologica e valoriale, è intessuto in una dimensione solidaristica, o, forse, si potrebbe finanche dire che il diritto penale è il “diritto della solidarietà”.

Si tratta, indubbiamente, di un’affermazione forte ed impegnativa, ma che, se rettamente inquadrata, contribuisce ad esprimere il senso della riflessione dogmatica sul significato e sulla ragion d’essere del diritto penale nel contesto socio-politico moderno e post-moderno, analizzato, cioè, a partire dagli albori dell’Illuminismo sino ad oggi.

Per vagliare il fondamento di quest’assunto, rimanendo coerenti con l’obiettivo di queste riflessioni, si deve por mente, anzitutto, ad un canone fondamentale del processo di modernizzazione del diritto penale instillato dal pensiero illuministico: il c.d. *contrattualismo*. È noto,

infatti, che, secondo questa concezione, che costituì, indiscutibilmente, il modello teorico del liberismo classico, «le istituzioni statali traggono la loro legittimazione da un accordo liberamente stipulato tra i privati e sono, di conseguenza, finalizzate alla salvaguardia dei diritti naturali di ciascun singolo individuo. In questa prospettiva, l'utilità sociale non sarebbe altro che il riflesso o il risultato del miglior soddisfacimento dei diritti individuali» (G. FIANDACA e E. MUSCO, 2006, XVII). Sul terreno della selezione dei fatti punibili, un corollario fondamentale di quest'impostazione è l'identificazione del c.d. *danno sociale*, in virtù del quale si afferma che sono meritevoli di sanzione soltanto le azioni che arrecano un concreto pregiudizio a diritti altrui. Criterio guida della politica criminale, di conseguenza, diviene quello di tutelare *beni giuridici* funzionali alla pacifica convivenza dei consociati, i quali, pertanto, sono chiamati, *in primis*, ad astenersi dal porre in essere comportamenti lesivi di tali beni. Tradotta sul terreno che interessa, questa prima, provvisoria, conclusione pone in evidenza come nella concezione illuministico-liberale il diritto penale risulti (essenzialmente) ispirato ad una "solidarietà a contenuto negativo", intesa come astensione dal recare nocumento alle posizioni soggettive altrui.

Non può essere trascurato, inoltre, che, con l'affermarsi del pensiero illuminista, l'attuazione del diritto penale (e, soprattutto, del suo apparato sanzionatorio) assume una connotazione "solidaristica" anche nei confronti dell'autore del reato, che si concretizza con l'abbandono del c.d. "terrorismo punitivo" e l'avvento dell'umanizzazione e della razionalizzazione delle pene. La sanzione, cioè, può essere (prevista e) applicata soltanto nella misura in cui sia strumentale alla prevenzione dei reati e, dunque, al fine di «impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi concittadini» e di «rimuovere altri dal farne uguali» (C. BECCARIA, 1991, 15 e 29). Nel vigente ordinamento costituzionale, l'approdo di quest'impostazione è duplice: da un lato, l'individuazione del limite (e, contemporaneamente del fine) dell'intervento penale nella necessità che il ricorso alla pena sia giustificato dall'intento di tutelare beni socialmente apprezzabili e dotati di rilevanza costituzionale (F. BRICOLA, 1973, 17), che, quindi, siano comparabili con il sacrificio della libertà imposto dal diritto penale (sia nel suo porsi che nel suo imporsi); dall'altro, la necessità che la pena "tenda alla rieducazione del condannato" (art. 27 Cost.), introducendo, dunque, in tal modo, un dovere di solidarietà dello Stato nei confronti del "criminale", che non può essere abbandonato a se stesso, ma che deve essere aiutato a "rimeditare" i propri comportamenti in vista di un'auspicata (e perseguita) sua risocializzazione (la letteratura in materia è molto vasta, per tutti v. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, 2009, 5 e 11).

## 2. Il reato omissivo quale principale “manifestazione” della visione solidaristica del diritto penale

A questa prima chiave di lettura delle priorità e delle caratteristiche dell'intervento penale se ne affianca una seconda, che, dal suo affermarsi, nella seconda metà dell'Ottocento, ad oggi, ha assunto un ruolo sempre più importante, sino ad occupare un posto comprimario, se non, in alcuni casi, pressoché esclusivo (parla di vero e proprio “primato del reato omissivo” K. TIEDEMANN, 1960, 372) sul terreno delle concrete scelte di criminalizzazione: la funzione propulsiva affidata al reato omissivo.

L'*echte Unterlassungsdelikte*, infatti, è stato protagonista di un lento (ma costante) processo evolutivo sino ad essere considerato, a tutti gli effetti, parte integrante degli illeciti penali, *tout court*, pur se le codificazioni ottocentesche non registrarono che in minima parte tale mutamento. È noto, infatti, che, mentre le fattispecie delittuose di mera omissione contenute nel cod. Zanardelli (1889) «ammontano all'incirca ad una decina [e] sono sanzionate per lo più con sola pena pecuniaria ed hanno in buona parte natura contravvenzionale» (G. FIANDACA, 1983, 7), nella normazione *extracodicem* la responsabilità per omissione incomincia a rivestire un ruolo via via più importante, diventando, in alcuni settori, il modello tipico (sostituendosi a quello commissivo) dell'intervento penale. Emblematica, da questo punto di vista (per citare un esempio tra i più significativi), fu la legislazione in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro che, emanata a cavallo tra i due secoli (prima con la legge 17 marzo 1898, n. 80 e poi con testo unico 31 gennaio 1904, n. 51), attribuisce a questo paradigma punitivo «il ruolo di modello criminoso tipico della normativa antinfortunistica» (G. FIANDACA, 1983, 8).

In tal modo, la funzione conservativa del diritto penale viene affiancata da quella propulsiva e promozionale che, secondo una comune (*contra* v. G. GRASSO, 1983, 174 ss.) e sottoscrivibile opinione, trova nell'illecito omissivo il proprio strumento essenziale, in perfetta sintonia (quantomeno nella prospettiva di politica criminale) con i principi ispiratori ed i valori fondamentali su cui si radica la nostra Costituzione. Questi, infatti, «debbono essere assunti non solo come limite negativo dell'intervento penale, ma come presupposto di una concezione promozionale e propulsiva del diritto, superando la funzione tradizionalmente protettiva e repressiva dell'ordinamento giuridico per attribuire anche al diritto penale il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale» da essa prefigurati, cui necessariamente consegue «un notevole sviluppo delle fattispecie omissive» (G. NEPPI MODONA, 1977, 680).

Se questa conclusione viene letta in controluce con l'autorevole insegnamento (che trova valido supporto e conferme nel pensiero filosofico tomista, v. TOMMASO D'AQUINO, 1966, 388) di Norberto Bobbio, secondo cui, «rispetto al fine, il divieto mira a rendere possibile la coesistenza (il divieto per eccellenza è *neminem ledere*), mentre il comando tende a rendere possibile la collaborazione e pertanto rappresenta uno stadio più avanzato del controllo sociale (il comando per eccellenza è *suum cuique tribuere*)», di tal che, «rispetto al destinatario, il divieto richiede generalmente uno sforzo minore, se pur continuo; il comando richiede uno sforzo maggiore ma in determinate circostanze» (N. BOBBIO, 1965, 331), sembra inevitabile ravvisare nella *ratio* e nelle modalità “operative” dell'illecito omissivo l'espressione di una “solidarietà a contenuto positivo”: ai destinatari del precetto penale, infatti, l'ordinamento non si limita più a chiedere (soltanto) un generale dovere di *astensione dal* compiere azioni lesive di diritti/interessi/beni giuridici altrui, ma, al contempo, chiede anche il compimento di azioni positive, che si caratterizzano per il fatto di essere espressione di una domanda (*rectius*: obbligo) di collaborazione rivolta dallo Stato nei confronti dei cittadini in vista della realizzazione di un determinato obiettivo. Obiettivo che, per quanto si è sin qui osservato, trova nell'art. 2 Cost. il proprio referente principale ed immediato. In tal senso, infatti, appare del tutto sottoscrivibile il pensiero di chi rileva come «il principio *solidaristico*, ex art. 2 Cost., finalizzato a garantire il godimento da parte di tutti i consociati dei diritti costituzionalmente garantiti, rappresenta l'unico e imprescindibile fondamento generale, nel nostro moderno sistema penale, della incriminabilità delle condotte omissive, non potendo oggi tale fondamento essere ravvisato in un mero dovere di obbedienza o fedeltà verso lo Stato, proprio di altre epoche storiche» (I. LEONCINI, 1999, 38).

In tal modo, dunque, «la solidarietà, tradizionalmente relegata a dovere morale o elevata a dovere giuridico soltanto in certe sue specificazioni, assurge a principio qualificante con la nostra Costituzione, che nella sua natura personalistico-solidaristica, accanto al riconoscimento dei *diritti fondamentali* dell'uomo, richiede anche l'“adempimento dei *doveri inderogabili* di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2)» (A. PAGLIARO, 2008, 170).

### 3. (*segue*): i “delitti di omessa solidarietà”

Coerente con quanto sin qui rilevato è la posizione di chi pone in evidenza come il primo fattore d'espansione dei reati omissivi sia

rinvenibile nella «ideologia della *solidarietà*, che fa sì che si tenda oggi, oltre che a “scoraggiare” l’egoismo, ad “incoraggiare” l’*altruismo*» (A. CADOPPI, 1988, vol. I, 360). In particolare, con quest’affermazione si vuole far riferimento non tanto al fatto che, «nell’ambito dello Stato sociale l’individuo ha diritto ad ottenere quantomeno un minimo livello di benessere attraverso le prestazioni fornitegli – anche se mediamente attraverso le contribuzioni dei singoli – immediatamente dallo Stato. Ma ad una ideologia più “minuta” della solidarietà: cioè a quella secondo cui è lo stesso *quivis de populo* che deve fornire determinate prestazioni ai suoi simili, legati da vincoli più o meno occasionali» (A. CADOPPI, 1988, vol. I, 360).

La massima espressione di questa “ideologia” è indubbiamente costituita dall’omissione di soccorso, prevista dall’art. 593 c.p., che ricomprende tre distinte figure di reato: 1) l’*omesso soccorso di incapaci*, che consiste nel fatto di «chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un’altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all’Autorità» (primo comma); 2) l’*omesso soccorso di pericolante*, che consiste nel fatto di «chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l’assistenza occorrente o di darne immediato avviso all’Autorità»; 3) l’*omesso soccorso seguito da morte o lesioni*, che contempla l’ipotesi in cui dalla condotta omissiva derivi una lesione personale o la morte della persona non soccorsa.

Si tratta, peraltro, di una fattispecie che s’inserisce nel più vasto panorama che, assai significativamente, attenta dottrina accomuna sotto la denominazione di “delitti di omessa solidarietà” (A. PAGLIARO, 2008, 168), nel cui ambito viene ricondotto non solo questa fattispecie di omesso soccorso, ma anche il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) e il delitto di abbandono di minori o di incapaci (art. 591 c.p.), che, si osserva, costituiscono «le più paradigmatiche ipotesi di “*delitti omissivi naturali*”», poiché presentano un «intrinseco disvalore pregiuridico», avendo come presupposto situazioni di fatto (es.: l’imbattersi in una persona ferita), «suscitatrici nell’uomo normale di un naturale impulso di prestare soccorso. E ciò a prescindere dalla conoscenza della norma penale, ma quale espressione di un fondamentale sentimento di solidarietà umana» (A. PAGLIARO, 2008, 169). Per tal ragione, si conclude, i «delitti di omissione di soccorso e gli altri sopramenzionati sanzionano il *minimum* di solidarietà umana» (A. PAGLIARO, 2008, 171).

#### 4. *Il dovere di soccorso quale prototipo del dovere di solidarietà*

Il dovere (solidaristico) di soccorso è disciplinato, in via generale, dall'art. 593 c.p., cui si affiancano altre due ipotesi speciali: quella contemplata dall'art. 19 del T.U. 24.12.1934, n. 2316 (sulla protezione della maternità ed infanzia), che pone a carico del «cittadino che trovi abbandonato in luogo pubblico un fanciullo minore di quattordici anni o venga a conoscenza che un fanciullo trovasi in istato di abbandono materiale o morale» l'obbligo di «darne subito notizia al comitato di patronato incaricato dell'assistenza nel luogo in cui si trovi il fanciullo» (ipotesi che, invero, parte della dottrina considera implicitamente abrogata G. SANDOR, 2006, 405, *contra* F. ANTOLISEI, 2008, 128; A. PAGLIARO, 2008, 177); e quella prevista dall'art. 189, comma 7, Codice della Strada, che pone a carico dell'«utente della strada», in caso d'incidente comunque ricollegabile a suo comportamento, l'obbligo di fermarsi e «di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite».

Per quanto, come si è visto, l'illecito omissivo sia il precipitato normativo di un'impostazione politico-criminale relativamente recente (v. *supra*, § 2), la previsione di un dovere di attivarsi a carattere altruistico di tal fatta non è totalmente sconosciuta al diritto "antico". Si osserva, infatti, che di esso si rinvengono eloquenti precedenti nel diritto egizio, persiano e spartano, nonché nelle Leggi di Platone (v., diffusamente, A. PAGLIARO 2008, 178). Lo sviluppo di queste "originarie" previsioni è confluito, nel nostro ordinamento, nelle disposizioni testé richiamate, i cui tratti identificativi ne evidenziano un'ampia potenzialità applicativa, soprattutto rispetto ad entrambi i versanti dei protagonisti coinvolti, che ha alimentato (per certi versi) comprensibili preoccupazioni sotto il profilo della compatibilità con i principi garantistici, anch'essi di rango costituzionale, cui s'ispira l'intervento del magistero penale, *in primis* quello di sufficiente determinatezza della norma incriminatrice.

La particolarità di queste fattispecie e, segnatamente, di quella contemplata dall'art. 593 c.p., infatti, è costituita proprio dal suo rivolgersi indiscriminatamente a tutti i consociati, imponendo un dovere di soccorso nei confronti di chiunque versi nelle condizioni *ivi* descritte. Si è in proposito osservato che, mentre è comprensibile e "razionale" che nell'ambito della *famiglia* taluno dei suoi membri sia obbligato a curarsi degli altri, e che tale obbligo sia presidiato dalla sanzione penale (art. 570 c.p.) e ciò proprio a motivo del suo riferirsi a soggetti collegati tra loro da rapporti di stretta vicinanza e solidarietà, meno immediata è la previsione di un'analogha sanzione laddove l'obbligazione «che lega l'obbligato al soccorrendo è – a parte

l'occasionale "contiguità" tra i due – semplicemente quella che lega ogni essere umano al suo prossimo. È chiaro dunque che l'imposizione di un simile "general duty to rescue" – come dicono gli anglosassoni particolarmente riluttanti nel considerare reato o anche solo illecito civile tale omissione – può creare non pochi problemi dal punto di vista politico-criminale» (A. CADOPPI, 1988, 362, il quale sottolinea che, in tal caso, il problema di come imporre all'uomo di essere un "buon samaritano" si pone in tutta la sua serietà).

L'impostazione accolta dal nostro ordinamento, che pone il dovere di soccorso a carico di tutti (purché dotati dei requisiti minimi per essere considerati penalmente responsabili) ed a vantaggio di tutti, si giustifica, peraltro, in ragione del fatto che esso, pur non essendo espressamente contemplato nella Costituzione, viene comunque considerato facente parte dei precetti solidaristici di rango costituzionale sulla scorta dei seguenti elementi argomentativi: 1) la persona umana ed i suoi diritti inviolabili ed il suo pieno sviluppo, di cui vita ed incolumità individuale sono imprescindibile presupposto e supporto, è al centro della tutela e delle garanzie accordate dalla Costituzione; 2) gli obblighi di solidarietà costituzionalmente previsti sono strumentali al bene-fine della salvaguardia e dello sviluppo della persona umana; 3) «tra gli obblighi solidaristici, l'obbligo di soccorso, oltre ad essere tra i primi impostisi alla coscienza morale e giuridica per la sua istintività, ha carattere *primario* in quanto immediatamente strumentale alla salvaguardia della vita e dell'incolumità, essendo questi beni-fine primari proprio perché presupposto e supporto della manifestazione e sviluppo della personalità e dell'esercizio dei suoi diritti» (A. PAGLIARO, 2008, 170); 4) il dovere di soccorso, che certamente costituisce un *majus* rispetto ad altri doveri strumentali, anch'essi espressamente contemplati dalla Costituzione, tramite il disposto dell'art. 2 Cost., «si eleva a dovere costituzionalmente inderogabile» (A. PAGLIARO, 2008, 170, ed *ivi*, diffusamente, anche per gli altri passaggi argomentativi richiamati).

Limite e misura di un siffatto dovere è costituito unicamente dalla situazione oggettiva di pericolo di cui l'obbligato è tenuto a farsi carico, nei modi previsti dalla disposizione incriminatrice; motivo che induce ad individuare in questo modello punitivo il prototipo del dovere/obbligo di solidarietà. In tal senso, pare oltremodo esemplificativa la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza di merito che ha escluso il reato di evasione nei confronti di chi, trovandosi nella propria abitazione agli arresti domiciliari, se ne era allontanato per prestare soccorso ad un automobilista rimasto vittima di un incidente, affermando che il suo comportamento doveva ritenersi scriminato in quanto posto in essere «nell'ambito dell'adempimento del dovere giu-

ridico desumibile dagli artt. 2 Cost. e 593 c.p.» (Pret. Putignano 20.1.1988, in *Foro it.* 1988, II, 539).

5. (*segue*): *i confini del dovere di soccorso: a) le situazioni tipiche di pericolo ed i correlativi doveri d'intervento*

L'ambito applicativo della fattispecie è delimitato dal contenuto della situazione oggettiva in cui il soggetto attivo s'imbatte (nel senso che si dirà) e che è diversamente modellata per ciascuna delle ipotesi contemplate dall'art. 593 c.p.

La prima consiste in una «*situazione di pericolo più che presunto, implicito*, perché insito nello stesso fatto di trattarsi di un *fanciullo minore degli anni dieci, abbandonato o smarrito, ovvero di persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o altra causa*» (A. PAGLIARO, 2008, 178; in questo senso v. Cass. pen. Sez. IV 19.9.2006, n. 36608, in *Cass. pen.*, 2007, 4610).

La seconda richiede l'esistenza di un pericolo concreto, espressamente menzionato dalla fattispecie allorché, nel descrivere il fatto tipico, si riferisce al ritrovamento di un «*corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero [di] una persona ferita o altrimenti in pericolo*. Rispetto a quest'ipotesi, la *ratio* solidaristica ad essa sottesa emerge, tra l'altro, anche da quelle pronunce che sottolineano che, ai fini della sussistenza del reato, «non è sufficiente il riferimento a una mera generica condizione di pericolo, ma è necessario che la ferita o le altre condizioni soggettive siano tali da privare il soggetto della capacità di provvedere a se stesso. L'incapacità all'autodeterminazione è presunta nell'ipotesi di persona che non dia segni di vita, o che sembri inanimata, e va accertata caso per caso nell'ipotesi di persona ferita o altrimenti in pericolo» (Cass. sez. V 3.5.1996, n. 8609, in *Riv. pen.*, 1996, 1338). Si sottolinea, al riguardo, che proprio in quanto rivolta a simili situazioni fattuali (e, segnatamente, al ritrovamento di un corpo che *sembri inanimato*), deve escludersi rilevanza al dubbio sulla vitalità del soggetto passivo, sicché il ritrovatore, a meno che non sia certo della morte di quest'ultimo (circostanza che escluderebbe la rilevanza penale del fatto), è comunque tenuto ad intervenire e ad attivarsi «ogni qualvolta si imbatte in un soggetto privo di sensi» (G. SANDOR, 2006, 396).

Il dovere di solidarietà, dunque, si rivolge a favore di soggetti “oggettivamente” e “fattualmente” deboli, incapaci, cioè, di provvedere alle proprie elementari esigenze di autoconservazione: il legislatore penale chiede a chiunque trovi un suo simile che versi in siffatte condizioni di farsene carico (nei modi che si diranno), prescindendo da

qualsiasi considerazione diversa e/o ulteriore dal semplice trovarsi nella concreta possibilità di poter intervenire.

Per quanto concerne il contenuto del dovere sanzionato, si osserva che, mentre nel primo caso (ritrovamento di persona, *lato sensu*, incapace) scatta un dovere d'informazione dell'Autorità, per il cui soddisfacimento è necessario ottemperare al requisito dell'immediatezza, implicante, tra l'altro, «che venga scelta l'Autorità più vicina e il mezzo più rapido» (F. ANTOLISEI, 2008, 127); nel secondo caso (ritrovamento di una persona comunque in pericolo), l'attivazione imposta al soggetto è tendenzialmente (in ragione delle contingenze del singolo caso) molto più pregnante ed invasiva. Da un lato, infatti, si afferma comunemente che «il reato sussiste sotto il profilo dell'omesso avviso anche nell'ipotesi in cui si accerti che l'assistenza sarebbe stata impossibile o inutile, mentre è escluso soltanto se la persona da assistere fosse già morta» (Cass. Sez. V 20.2.2008, n. 29891, in *Ced. cass. pen.* 2008; Cass. pen. Sez. V 17.10.1990, Notaro, in *Cass. pen.*, 1992, 2366); dall'altro, che «lo stato di pericolo deve essere accertato, in base agli elementi che caratterizzano il reato, con valutazione *ex ante* e non *ex post*, sicché una volta ritenuto sussistente il pericolo a nulla rileva che allo stesso si sia egualmente potuto far fronte con interventi e mezzi diversi» (Cass. pen. Sez. IV 19.9.2006, n. 36608, in *Cass. pen.*, 2007, 4610).

In applicazione di questo principio, la responsabilità per il reato è stata affermata, ad esempio, nei confronti di chi, avendo scorto un corpo umano privo di sensi (ma non di vita) disteso al centro di una carreggiata viaria, si è limitato a contattare telefonicamente l'autorità di polizia e/o quella sanitaria, allontanandosi quindi dal luogo ove si trovava la vittima, «atteso che, nell'ipotesi prospettata, incombe sull'agente anche l'obbligo di trattenersi sul posto, assumendo le precauzioni atte a scongiurare (o a limitare) il rischio che il soggetto passivo possa subire ulteriori danni» (Cass. pen. Sez. V 14.12.2004, n. 3397, in *Giur. it.* 2006, 1, 137).

In linea generale, infine, per quanto concerne il comportamento "ingerente" concretamente richiesto all'obbligato, in aggiunta al mero dovere d'informativa, si evidenzia che il medesimo, essendo incentrato sul concetto di assistenza, è suscettibile di assumere un contenuto «più ampio di quello di soccorso», pur se i due termini, comunemente, sono impiegati come sinonimi (A. PAGLIARO, 2008, 184). Si precisa, inoltre, che «l'assistenza occorrente è quella che appare necessaria e si presenta possibile per l'agente in relazione al tempo, al luogo, ai mezzi, alle capacità di cui egli dispone onde evitare il pregiudizio minacciato» (M. RONCO, 2009, 2655).

### 6. (segue) b) *Il ritrovamento della persona in pericolo*

La situazione oggettiva da cui scaturisce l'obbligo d'intervento contribuisce, inoltre, ad individuare il "limite soggettivo" della sua operatività, sul fronte della selezione dei soggetti attivi del reato. La disposizione, infatti, sanziona l'omissione riferibile a chi abbia trovato il "creditore" della prestazione dovuta. Su questo termine, invero, non esiste uniformità di vedute, né in dottrina né in giurisprudenza, le cui posizioni possono essere ricondotte a tre soluzioni differenti.

Per coloro che ne ricostruiscono il significato tenendo essenzialmente conto dell'impegno civico e morale che la norma vuole stimolare, l'obbligo sussiste quando «la prossimità del soccorritore al pericolante e la verosimiglianza dell'informazione, anche per la qualità del *nuncius*, siano tali da consentire un soccorso pressoché immediato» (P.V. REINOTTI, 1980, 45). In questo senso si è, ad esempio, affermato che risponde del reato chiunque sia stato informato che nelle immediate vicinanze ad una persona in pericolo – nella quale non è necessario "imbattersi" materialmente – e quindi anche, ad esempio, nei confronti del medico libero professionista che, chiamato d'urgenza per soccorrere un uomo colpito da malore, si rifiuta di prestare soccorso all'ammalato» (Cass. pen. Sez. V 14.12.1977, Saccardo, in *Giust. pen.*, 1979, II, 126; *contra*, relativamente ad una fattispecie analoga, v. però Cass. pen. Sez. V 31.1.1978, Ballestero, in *Foro it.* 1979, II, 374).

Secondo un'interpretazione letterale della disposizione, è tenuto alla prestazione solo chi venga a trovarsi in presenza del soggetto passivo (V. MANZINI, 1985, 300), casualmente o meno (F. ANTOLISEI, 2008, 126).

Una soluzione mediana, invece, individua tale, fondamentale, presupposto operativo della fattispecie nella percezione sensoriale dello stato di pericolo in cui versa il soccorrendo e, dunque, il verbo "trovare" viene inteso come sinonimo di scorgere, sentire, imbattersi, venire in presenza o trovarsi in presenza del soggetto passivo (G. MARINI, 1996, 190). La giurisprudenza più recente, dopo vari mutamenti d'orientamento, sembra ormai allineata a quest'ultima impostazione ermeneutica, risultando, pertanto, concorde nel ritenere che, per la configurabilità del delitto, «non è sufficiente la mera notizia che taluno versi in pericolo in luogo sottratto alla diretta percezione visiva dell'agente, ma occorre che sussista contatto materiale, attraverso gli organi sensoriali, tra quest'ultimo e la persona oggetto del ritrovamento» (Cass. pen. Sez. V 15.3.2002, n. 20480, in *Cass. pen.*, 2003, 1562; negli stessi termini, v. Cass. pen. Sez. I 15.10.1987, in *Cass. pen.*, 1989, 67).

Nell'ipotesi di "pluralità di ritrovatori", sia successivi che concomitanti, si ritiene che possano ritenersi liberati dall'obbligo solamente coloro il cui adempimento sia reso superfluo «dall'altrui adeguato intervento soccorritore. Ciò perché viene meno il requisito tipico della mancata prestazione dell'"assistenza occorrente", non occorrendo più l'assistenza da parte degli altri ritrovatori» (A. PAGLIARO, 2008, 187. In questo senso v. Cass. pen. 3.10.1995, in *Guida dir.* 1995, 85). A tal riguardo, inoltre, si precisa che, se il caso lo richiede, si può prospettare la necessità di un intervento realizzato in cooperazione tra tutte le persone sopravvenute, ciascuna delle quali metta a disposizione prestazioni differenziate, a seconda della propria qualifica e preparazione, nell'ottica del miglior intervento possibile a tutela dei beni protetti (E. MUSCO, 1994, 558).

#### 7. L'omissione di assistenza prevista dall'art. 189 Codice della strada

Con particolare riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 189 Codice della strada (v. § 2.2), si segnala l'orientamento rinvenibile nella giurisprudenza di merito secondo cui l'utente della strada è tenuto a fermarsi in presenza di un incidente da lui percepito, che sia riconducibile a suo comportamento e che sia «concretamente idoneo a produrre eventi lesivi, non essendo necessario che si debba riscontrare l'esistenza di un effettivo danno alle persone, peraltro non accertabile immediatamente nella sua sussistenza o consistenza» (Trib. Bologna 5.3.2008, n. 795, in *Guida al diritto* 2008, n. 19, 90); e la prestazione richiesta non può dirsi assolta «quando il conducente si limiti ad una breve sosta che non gli consenta di rendersi conto delle condizioni fisiche della persona ferita e della eventuale necessità di prestare soccorso» (Cass. pen. Sez. IV 27.5.2003, n. 34621, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 2003, 1053). Si tratta, evidentemente, di un'impostazione particolarmente severa, giacché l'affermazione della responsabilità penale (e, quindi, del sottostante obbligo di assistenza) scatta non solo a fronte di una situazione di pericolo accertato, ma già in presenza della mera idoneità lesiva della situazione in cui versa il "creditore" (soggetto passivo del reato) della prestazione medesima, creata dal comportamento dell'omittente.

Risulta coerente con una simile soluzione la conclusione (già registrata, in linea generale, rispetto all'art. 593 c.p., v. § 2.2.1) con cui si richiede che lo stato di pericolo per il soggetto passivo sia accertata (ai fini della sussistenza del reato) sulla base di un giudizio *ex ante* (Cass. pen. Sez. IV 25.11.1999, Stia e altro, in *Cass. pen.*, 2001, 1000), tenendo conto, cioè, degli elementi di giudizio di cui può di-

sporre l'obbligato, eventualmente minori e diversi da quelli accertati *ex post*, in concreto.

Tale obbligo, si precisa, grava «direttamente su colui che si trova coinvolto nell'incidente medesimo, il quale è dunque tenuto ad assolverlo indipendentemente dall'intervento di terzi e senza poter fare affidamento sull'invocato intervento della polizia o di altra autorità già allertata, almeno fino a quando non abbia conseguito la certezza dell'avvenuto soccorso» (Cass. pen. Sez. IV 7.2.2008, n. 8629, in *Cass. pen.*, 2009, 2152). Esso viene meno solo in presenza di un «idoneo intervento di altre persone che rendono né efficace né utile l'ulteriore assistenza dell'obbligato» (Cass. pen. Sez. IV 25.11.1999, Stia e altro, in *Cass. pen.*, 2001, 1000). Conseguentemente, «l'obbligo di prestazione di soccorso in occasione di incidente stradale, non può ritenersi assolto da parte dell'investitore che si fermi e incarichi terzi di richiedere i soccorsi, in quanto egli stesso deve prestare i soccorsi urgenti, ed attendere sul posto i soccorritori e le autorità preposte ai controlli, essendo irrilevante che altri abbiano prestato l'assistenza necessaria» (Trib. Pisa 22.1.2004, in *www.dejure.giuffre.it*, massima redazionale).

#### 8. *La posizione di garanzia (in particolare di protezione)*

Un altro istituto, avente portata generale, che contribuisce a radicare, profondamente, il dovere di solidarietà nel terreno del diritto penale è rappresentato dall'equiparazione tra il non impedire un evento che si abbia l'obbligo giuridico d'impedire ed il cagionarlo (art. 40, cpv., c.p.). In particolare, interessa qui por mente all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di posizione di garanzia e, segnatamente, in relazione a quelle aventi finalità di protezione, il cui scopo è quello di preservare determinati beni giuridici «da tutti i pericoli che [ne] possono minacciare l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscono» (G. FIANDACA e E. MUSCO, 2006, 565).

Comune alla previsione, di carattere generale, di cui all'art. 593 c.p. è il fine solidaristico di garantire adeguata tutela ai rispettivi beneficiari che, altrimenti, data la loro incapacità (totale o parziale) di salvaguardare determinate situazioni soggettive, vedrebbero pregiudicate le legittime aspirazioni di conservazione e protezione. Anche riguardo alla posizione di garanzia, infatti, si afferma che la funzione specifica da essa perseguita «è rivolta a riequilibrare la situazione di inferiorità (in senso lato) di determinati soggetti, attraverso l'instaurazione di un rapporto di dipendenza a scopo protettivo» (G. FIANDACA, 1979, 133).

Rispetto al dovere di solidarietà sancito dall'art. 593 c.p., peraltro, quello scaturente dall'art. 40, cpv., c.p. ha un contenuto più circoscritto, soprattutto sotto il profilo dei soggetti destinatari, giacché devono essere gravati da un obbligo giuridico impeditivo predeterminato e non solamente imposto dalla mera situazione di pericolo in cui "casualmente" s'imbattano. Si rileva che «se la posizione di garanzia si costituisce allo scopo di controbilanciare la situazione di vulnerabilità in cui versano determinati soggetti incapaci (a vario titolo) di difesa autonoma, il relativo rapporto di protezione non può insorgere in modo del tutto casuale, ma deve corrispondere ad un vincolo assunto *antecedentemente* al verificarsi della situazione di pericolo capace di ledere il bene in questione». Di tal che, si conclude, la «effettiva situazione di pericolo, l'imminente incombere del danno costituiranno soltanto il presupposto perché dalla posizione di garanzia scatti l'obbligo di impedire un concreto evento lesivo» (G. FIANDACA, 1979, 134).

Per quanto riguarda la fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi per l'impedimento dell'evento, giova qui solo rammentare l'esistenza di un vivace dibattito tra due distinte impostazioni (su cui, ampiamente, I. LEONCINI, 1999, 180 ss.): quella, c.d. "formale", che ne limita la produzione alle sole fonti dell'ordinamento penale cui si aggiungono la precedente propria attività pericolosa e (secondo alcuni) la gestione volontaria di affari altrui e la consuetudine; e quella, c.d. "sostanzialistico-funzionale", che, prendendo le mosse dalle critiche rivolte alla precedente (essenzialmente per la sua ritenuta "disattenzione" rispetto alle concrete esigenze della singola situazione in cui l'omissione dovrebbe rilevare), attribuisce carattere fondante del dovere impeditivo al vincolo di tutela instauratosi tra il bene giuridico ed il c.d. garante ad esso sottostante.

Traendo spunto dalle potenzialità di entrambe tali soluzioni e tenendo conto, peraltro, dei rispettivi limiti, si è elaborata una soluzione mediana, che utilizza il concetto di posizione di garanzia (a contenuto sostanziale) per selezionare gli obblighi d'impedire l'evento, rilevanti *ex art. 40 cpv. c.p.*, rinvenibili nelle fonti formali di produzione di diritto penale.

Esemplificativa di quest'orientamento (che, invero, sembra ormai maggioritario), è la pronuncia con cui si è affermato che «configura il delitto di omicidio colposo la condotta dei proprietari di un appartamento che l'abbiano locato con una caldaia per il riscaldamento in pessimo stato di manutenzione, cosicché, durante il funzionamento, si era determinata la fuoriuscita di monossido di carbonio che aveva mortalmente intossicato gli occupanti dell'immobile, giacché il proprietario di un immobile si trova in "posizione di garanzia" nei con-

fronti dell'affittuario, in virtù della quale il primo deve consegnare al secondo un impianto di riscaldamento revisionato, in piena efficienza e privo di carenze funzionali e strutturali» (Cass. pen. Sez. IV 6.8.2006, n. 32298, in *Cass. pen.* 2007, 4170). Nel giungere a questa conclusione (peraltro ampiamente consolidata, in senso analogo v., infatti, Cass. pen. Sez. IV 21.5.1998, Fornari, in *Cass. pen.* 2000, 1029; Cass. pen. Sez. III 22.9.2004, Bassi, in *Riv. pen.*, 2005, 152; Cass. pen. Sez. IV 19.2.1991, Souberan, in *C.E.D. Cass.*, n. 191201), la Corte ha sottolineato che le componenti essenziali della posizione di garanzia sono costituite, da un lato, da una fonte normativa di diritto privato o pubblico, anche non scritta, o da una situazione di fatto per precedente condotta illegittima, che costituisca il dovere di intervento; dall'altro lato, dall'esistenza di un potere giuridico, ma anche di fatto attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento.

È utile rilevare, ai fini delle presenti riflessioni, che l'esistenza di posizioni di garanzia è stata ravvisata in relazione a tutte quelle situazioni in cui (sussistendo i requisiti di riferibilità/giuridicità dell'obbligo sopra ricordati) il garante è realmente l'unico (od il principale) soggetto in grado di farsi carico della tutela degli interessi ad esso affidati.

S' inseriscono in questa prospettiva, a mero titolo esemplificativo, le pronunce con cui si è sancita la responsabilità penale:

– del legale rappresentante della ditta incaricata di uno spettacolo pirotecnico, ritenuto titolare di una posizione di garanzia che si sostanzia nell'obbligo di assicurarsi, con uno sforzo di diligenza e di attenzione maggiore, trattandosi dello svolgimento di un'attività pericolosa, che lo spettacolo si svolga in presenza di condizioni di sicurezza idonee a prevenire rischi nei confronti dei terzi e ad assolvere al precetto del “*neminem laedere*”; e ciò indipendentemente dalle garanzie degli organi pubblici di dargli adeguato supporto, giacché tale circostanza può aggiungere la responsabilità di detti organi, ma non escludere l'efficienza eziologica della negligente condotta dell'organizzatore dello spettacolo (Cass. pen. Sez. IV 26.4.2009, n. 27425, in *Guida dir.*, 2009, 30, 104);

– in generale, del datore di lavoro, indipendentemente dal dovere di altri soggetti, quali il committente, che deve sempre attivarsi positivamente «per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, accertandosi che anche i dipendenti adottino misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa. Tale obbligo si riconduce, in generale, al disposto dell'art. 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori

di lavoro e in particolare, all'art. 40, comma 2, c.p., in virtù della posizione di garanzia da esso rivestita (*ex multis*, Cass. pen. Sez. IV 29.4.2008, n. 22262, in *Ced. cass. pen.*, 2008). La sussistenza di siffatta posizione di garanzia, del resto, non è esclusa nemmeno dall'eventuale carenza di specifiche capacità tecniche del garante, il quale, in tal caso, non può esimersi da responsabilità nemmeno adducendo la carenza dell'elemento soggettivo, giacché, anzi, si ritiene che una simile situazione evidenzi «profili di colpa più intensi, poiché, in difetto di competenze “ad hoc”, il garante avrebbe dovuto astenersi dall'assumere un compito che quelle competenze richiedeva» (Cass. pen. Sez. IV 10.3.2009, n. 17634, in *Ced. Cass. pen.* 2009). A quest'ultimo riguardo, preme qui rilevare che i profili della colpa per assunzione della posizione di garanzia sono anch'essi suscettibili di testimoniare, a contrario, l'esistenza del dovere di solidarietà, giacché questo impone non solo di astenersi dal compiere azioni lesive o di compiere azioni conservative, ma anche dall'astenersi dall'intraprendere queste ultime laddove, per specifica incapacità del garante, siano suscettibili di risolversi a danno del beneficiario;

– del presidente di una società sportiva, considerato titolare di una posizione di garanzia verso «dei tesserati, ed ha, pertanto, l'obbligo di accertare l'idoneità fisica di ciascuno di essi alla pratica sportiva, inoltrando la richiesta di visita medica e controllando successivamente che la visita sia eseguita presso gli ambulatori a ciò deputati e che sia stato rilasciato un certificato attestante inequivocabilmente l'idoneità fisica del tesserato alla pratica sportiva» (Cass. pen. Sez. IV 9.3.2009, n. 18981, in *Ced. cass.* 2009);

– del responsabile di società sportiva, che abbia la disponibilità di impianti ed attrezzature per l'esercizio delle attività e discipline sportive, considerato titolare di una posizione di garanzia nei confronti degli utenti di cui è chiamato a garantire l'incolumità fisica, adottando «quelle cautele idonee al fine di impedire che siano superati i limiti di rischio connaturati alla normale pratica sportiva, con la conseguente affermazione, ove tali cautele non adottati, del nesso di causalità con l'evento mortale occorso ad un utente dell'impianto sportivo» (*ex multis*, Cass. pen. Sez. IV 24.1.2006, n. 16998, in *Ced. cass.*, 2006);

– del medico, titolare di una posizione di garanzia verso il paziente con cui abbia instaurato una relazione terapeutica «da cui deriva l'obbligo di attivarsi a tutela della salute e della vita» (da ultimo, nell'ambito di un orientamento consolidato, v. Cass. pen. Sez. IV 4.3.2009, n. 10819, in *Ced. cass.* 2009). A quest'ultimo riguardo, con specifico riferimento alla posizione del medico operante in una struttura pubblica, si è precisato che la stessa «si estende al di là dei limiti segnati dalle sue specifiche competenze, quali individuabili sulla base della concreta

organizzazione gerarchica di detta struttura, alla luce anche dei criteri dettati dal d.lg. n. 229 del 1999 che, innovando radicalmente rispetto a quanto in precedenza stabilito dal d.P.R. n. 761 del 1979, ha reso configurabile un unico ruolo di dirigenza sanitaria con distinti profili professionali» (Cass. pen. Sez. IV 2.12.2008, in *Riv. pen.*, 2009, 575).

9. (segue) *Il dovere di solidarietà e la sua indifferenza rispetto al comportamento pericoloso del “creditore” della prestazione dovuta.*  
Cenni

Ad ulteriore conferma della rinvenibilità del fondamento della posizione di garanzia nel più generale dovere di solidarietà che, come visto, anima la responsabilità penale (in specie) omissiva, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale con cui si esclude che la responsabilità del garante possa essere superata ed annullata dal comportamento imprudente e colposo del titolare del corrispondente “credito di sicurezza”. Costituisce, infatti, affermazione costante che la condotta imprudente della vittima non è da sola sufficiente a stornare la concorrente responsabilità del garante (Cass. pen. Sez. IV 9.3.2009, n. 18981, in *Ced cass.* 2009).

Il campo elettivo in cui è maturata questa conclusione è quello concernente la salute e la sicurezza sul lavoro, rispetto al quale costituisce un’insuperata costante di riferimento la conclusione che solo l’abnormità della condotta del lavoratore infortunato, data da un comportamento strano ed imprevedibile che si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo delle persone preposte all’applicazione delle misure di prevenzione contro gli incidenti sul lavoro, esonera il datore di lavoro dalla responsabilità dell’incidente, anche quando il dipendente abbia adottato un comportamento imprudente. L’osservanza delle misure di prevenzione è, infatti, finalizzata anche a prevenire errori e violazioni da parte del lavoratore (Cass. pen. Sez. IV 27.3.2009, n. 18998, in *Ced Cass.*, 2009; Cass. pen. Sez. IV 1.10.2008, n. 39883, in *Guida dir.*, 2008, 50, 118). E, in quest’ottica, si considera, ad esempio, «del tutto prevedibile che un lavoratore alla fine del ciclo attenui la sua attenzione e si tolga i mezzi di protezione (*ex multis* Cass. pen. Sez. 5.6.2008, n. 27959, in *Dir. & giust.*, 2008).

L’esito di simili argomentazioni, peraltro, supera i confini del rapporto di lavoro, essendo stato applicato ad altre fattispecie rispetto alle quali è, purtuttavia, riscontrabile quel vincolo di solidarietà che lega il garante ed il soggetto “debole” a quello affidato. Si è così ritenuto, ad esempio, che il medico psichiatra sia titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, anche se questi non sia

sottoposto a ricovero coatto, ed ha, pertanto, l'obbligo – quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidarie – di apprestare specifiche cautele (Cass. pen. Sez. IV 27.11.2008, n. 48292, in *Ced cass. pen.*, 2008).

E, ancora, sulla base degli stessi presupposti argomentativi, si ritiene che integri «il reato di omicidio colposo la condotta del direttore di un albergo che non inibisca materialmente ai clienti l'accesso alla piscina negli orari in cui non è garantito il servizio di salvataggio, ma si limiti ad esporre il regolamento di utilizzo della medesima contenente un divieto in tal senso, qualora degli ospiti vi anneghino facendo il bagno nell'orario non consentito». In motivazione la Corte ha precisato che l'avventato comportamento dei clienti doveva ritenersi prevedibile dal direttore dell'albergo, che, dunque, non poteva ritenere assolto l'obbligo connesso alla sua posizione di garanzia attraverso l'affidamento nella scrupolosa osservanza del regolamento della piscina da parte dei medesimi. Si è inoltre osservato che l'impegno «contrattuale» di adeguarsi alle prescrizioni circa l'uso dei servizi alberghieri accettato dal cliente attiene al godimento ottimale degli stessi, senza, tuttavia, che ciò possa comportare «il trasferimento della posizione di garanzia in capo allo stesso «garantito»». Più in particolare, si è giudicato inaccettabile che: «a) con un atto di diritto privato e cioè un contratto, si [possa] in sostanza trasferire la posizione di garanzia dall'obbligato originario alla persona per la cui protezione la posizione di garanzia è predisposta (nel caso di specie il cliente) e ciò in aperto contrasto con la possibilità che la posizione di garanzia possa solo essere trasferita, a certe condizioni, da garante originario ad altro garante; b) l'obbligato [possa] scegliere predisponendo una sorta di contratto per adesione, i limiti di operatività della posizione di garanzia, ad es. comprimendo a sua discrezione gli orari di vigilanza della piscina o addirittura escludendola *in toto*» (Cass. pen. Sez. IV 22.10.2008, n. 45698, in *Ced cass.*, 2008).

Queste e consimili altre pronunce, che compongono il quadro dei principi di diritto consolidati in tema di individuazione e accertamento della responsabilità del garante per omesso impedimento dell'evento, consentono di ritenere che la posizione di garanzia, proprio in virtù del suo essere espressione di un dovere solidaristico d'intervento a favore di soggetti deboli (intendendosi per tali anche coloro che per mere ragioni organizzative non abbiano il pieno controllo delle fonti di pericolo cui sono esposti), è tarata su parametri elevatissimi, tanto da far carico al garante di prevedere e porre rimedio all'eventuale scostamento del singolo beneficiario dal comportamento impostogli per assicurargli il grado di sicurezza accettabile e consono all'attività rientrante nell'oggetto della posizione di garanzia.

10. *L'individuazione del livello minimo di solidarietà generalmente imposto: la soglia del «rischio consentito» e le regole cautelari fondanti il giudizio di colpa penale*

La tematica affrontata nel paragrafo precedente e le problematiche *ivi* solo abbozzate dischiudono lo sguardo sulla complessa materia delle c.d. attività pericolose. A tal riguardo (oltre a richiamare i principi sopra delineati circa la pervasività delle posizioni di garanzia volte a circoscriverne e contenerne, al limite del possibile, la rischiosità/dannosità per chi sia chiamato a confrontarsi con esse), una riflessione di carattere generale dev'essere anzitutto riservata alla "rilevanza" della c.d. soglia del «rischio consentito». Pur prescindendo (ai fini del nostro ragionamento) dalle molte questioni, di carattere dogmatico-ricostruttivo, evocate da questo argomento, ciò che importa evidenziare è come il rispetto di tale soglia costituisca un obbligo di solidarietà minimo e generale, imposto, cioè, a tutti coloro che siano, a vario titolo, chiamati a cimentarsi nell'esercizio/svolgimento di tali attività. In simili frangenti, infatti, l'ordinamento, posto di fronte ad un conflitto d'interessi, l'uno postulante il divieto della condotta e l'altro, invece, la sua liceità in funzione del progresso sociale ecc. (si pensi alle attività pericolose *lato sensu* produttive, piuttosto che, "semplicemente", alla circolazione stradale), «lo risolve autorizzando le condotte "a rischio", ma prescrivendone determinate modalità di realizzazione, idonee ad abbassare il livello di "rischio" a limiti accettabili, proporzionati al tipo di interesse nutrito dalla collettività per le condotte di cui trattasi o, addirittura, imponendole coattivamente» (G. MARINI, 1994, 560, cui si rinvia anche per una ricostruzione delle diverse soluzioni prospettate). In tal modo, dunque, l'ordinamento richiede a tutti di attenersi al rispetto delle regole ed alle cautele idonee a mantenere il rischio corso dai beni coinvolti entro soglie di accettabilità predeterminate al duplice fine (parimenti espressione di quell'ideologia della solidarietà che, come visto, ben può essere elevata a *ratio* dell'intervento penale, v. *supra* § 2.1) di garantire a tutti i fruitori del medesimo servizio/settore d'attività accettabili margini di sicurezza per la propria incolumità e, al contempo, di consentire alla collettività di poter beneficiare degli aspetti positivi traibili dalle (o, comunque, connessi alle) attività medesime. In questo modo, ciascun fruitore del servizio/attività diviene – nei limiti in cui è tenuto al rispetto delle regole che governano il rischio scaturente dalla sua condotta "pericolosa" – garante dell'incolumità (in senso lato) degli altri fruitori del medesimo servizio/attività.

Tradotto nel contesto argomentativo cui sono rivolte queste riflessioni, un simile modo d'intendere la dinamica del "rischio accet-

tabile” lo ricollega, con evidenza, al *fil rouge* della manifestazione del dovere di solidarietà nel diritto penale; pur se, è evidente, in questo caso la solidarietà non si esercita nei confronti di un singolo soggetto (magari pre-individuato o, comunque, specificamente individuato), ma dell'intera collettività attinta dai possibili rischi dell'attività pericolosa. Così come, per converso, l'aspettativa riposta nel rispetto di tale dovere minimo di solidarietà (che, per quanto appena rilevato, potremmo definire “sociale”) ingenera un “diffuso” affidamento (c.d. principio di affidamento) nel fatto di poter «confidare che il comportamento dell'altro sia conforme alle regole di diligenza, prudenza e perizia» (G. MARINUCCI e E. DOLCINI, 2009, 304).

Astraendo la riflessione dallo specifico settore delle attività pericolose e ricollocandola nel più ampio contesto dell'illecito colposo, si può concludere che tutto il capitolo della colpa (quale criterio d'imputazione soggettivo del reato) è espressione della medesima richiesta di solidarietà da parte dell'ordinamento nei confronti di ciascun individuo rispetto agli altri consociati. A tal riguardo, infatti, è sufficiente por mente all'affermazione, unanimemente accolta in dottrina, con cui si definisce la colpa come violazione di una regola cautelare a contenuto preventivo, avente, «la finalità cioè di evitare che dalla condotta dell'agente possano derivare eventi dannosi o pericolosi prevedibili» (G. MARINUCCI e E. DOLCINI, 2009, 294). Detto altrimenti, richiedere il rispetto di simili regole cautelari equivale «ad esigere da parte di tutti i consociati un livello minimo e irrinunciabile di cautele nello svolgimento della vita sociale» (G. FIANDACA e E. MUSCO, 2006, 502). Il che null'altro significa se non (nella prospettiva che interessa) imporre a ciascuno un dovere minimo di solidarietà funzionale alla salvaguardia delle posizioni soggettive altrui, tutelate dall'ordinamento.

#### 11. *Le potenzialità espansive del dovere di solidarietà: alcuni esempi significativi*

Chiarite, seppur per sommi capi, le coordinate di riferimento in cui s'inquadra il dovere di solidarietà nel diritto penale, è ora possibile, in chiusura della panoramica così tratteggiata, volgere l'attenzione ad alcuni indici (recenti e non) della sua possibile espansione nell'attuale contesto socio-politico-culturale.

Un primo indice è rappresentato dall'ampliamento della nozione di “famiglia” presa a riferimento nell'ambito dell'omonimo delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.). A tal riguardo, infatti, è ormai consolidato l'orientamento che interpreta tale nozione come comprensiva

di «ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo» (da ultimo, Cass. pen. Sez. II 2.10.2009, n. 40427, in *Diritto & giustizia*, 2009). La rilevanza di quest'interpretazione, è costituita dalla messa in evidenza di come la peculiarità del rapporto "familiare" sia rappresentata essenzialmente dalla solidarietà reciproca dei suoi componenti e non (solo) dalla formalizzazione delle posizioni giuridiche da ciascun membro assunte al suo interno. La potenziale dirompenza di questa conclusione (che focalizza, nuovamente, la centralità del dovere di solidarietà nel diritto penale) emerge se la si confronta con quanto affermato, al riguardo, dalla Corte costituzionale, che nel pronunciarsi sulla legittimità del diverso trattamento riservato al convivente *more uxorio* rispetto al coniuge, ha affermato che «la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge. Invero l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio» (C. Cost. 26.5.1989, n. 310; sulla problematica individuazione della nozione di famiglia nel diritto penale, sia consentito rinviare a M. RIVERDITI, 2009, 2365).

Un secondo indice è costituito dalla tematica, tutt'altro che nuova, delle c.d. occupazioni abusive di case finalizzate a garantire il diritto all'abitazione degli occupanti. La legittimità (*rectius*: non antiggiuridicità) di tale condotta viene fatta discendere dall'operatività dell'art. 54 c.p., osservandosi che la nozione di «pericolo attuale di un danno grave alla persona», sulla quale la stessa si fonda, è suscettibile di ricomprendere «non solo la lesione della vita o dell'integrità fisica, ma anche quelle situazioni che attentano alla sfera dei diritti fondamentali della persona, secondo la previsione contenuta nell'art. 2 Cost.; e pertanto rientrano in tale previsione anche quelle situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica del soggetto, in quanto si riferiscono alla sfera dei beni primari collegati alla personalità, fra i quali deve essere ricompreso il diritto all'abitazione in quanto l'esigenza di un alloggio rientra fra i bisogni primari della persona» (Cass. pen. Sez. II 27.6.2007, n. 35580, in *Guida dir.*, 2007, 44, 101).

Di analogo tenore (per quanto attiene ai presupposti giuridici del ragionamento effettuato), sono le decisioni con cui si è esclusa la sussistenza del delitto di furto, in ragione dell'operatività della scriminante di cui all'art. 54 c.p., nei confronti di chi abbia commesso il fatto tipico di tale reato trovandosi in stato di necessità determinato da indifferibili esigenze attinenti all'alimentazione e alle cure mediche

e non avendo obiettivamente altra alternativa per procurarsi i mezzi onde sopravvivere in modo lecito (Pret. Lecce 14.3.1994, in *Riv. pen.*, 1994, 1036; Pret. Nardò 18.12.1991, in *Riv. pen.*, 1992, 273).

Per comprendere appieno la portata di simili pronunce è sufficiente ricordare che la scriminante codificata dall'art. 54 c.p., da un lato incontra il limite della proporzione tra gli interessi rispettivamente salvaguardato (che, si ribadisce, deve consistere in un diritto della persona) e sacrificato e, dall'altro, esclude rilevanza penale ad un comportamento che «ha per soggetto passivo un terzo assolutamente innocente, nel senso che non ha dato origine al pericolo incombente» (M. GALLO, 2000, 234). Se si tien conto di ciò, l'interpretazione accolta dalla pronuncia sopra richiamata (che indiscutibilmente dilata l'ambito "tradizionale" di applicabilità della scriminante) affida l'onere ed il costo della tutela dei diritti fondamentali della persona, alla stregua dell'art. 2 Cost., a ciascun consociato, cui viene negato l'intervento dello strumento penale nel caso in cui tale tutela conduca al sacrificio di una sua posizione soggettiva che non sia proporzionale al diritto salvaguardato in via di autotutela.

Ancora una volta, dunque, sebbene mediante l'esclusione della rilevanza penale del comportamento del soggetto bisognoso di "solidarietà", emerge come questa costituisca il contenuto di un dovere/onere che pervade il tessuto dei rapporti interindividuali disciplinati dal diritto penale.

Nelle ipotesi richiamate, dunque, ciò che emerge è la potenzialità "espansiva" del riconoscimento del dovere di solidarietà nel diritto penale, la cui pervasività è in grado d'incidere non solo sulle scelte del legislatore (e, di conseguenza) sull'operato dei singoli, ma anche sull'attività dell'interprete/operatore del diritto. Questi, infatti, nell'attività di continuo adeguamento del dettato normativo ai principi costituzionali, può tentare di "svecchiare" (compatibilmente con i limiti del divieto di analogia) il dato positivo vigente facendo riferimento, tra gli altri, anche al dovere di solidarietà che, come si è cercato di dimostrare, pervade l'intera tessitura del diritto penale.

### Bibliografia

- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Armani, Milano, 1991;  
N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Nss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 330;  
F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973;  
A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, Padova, 1988;  
G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979;  
G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, 3;

- G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, rist. agg., Bologna, 2006<sup>4</sup>;
- G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo primo, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007<sup>2</sup>;
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000;
- G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983;
- I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999;
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, in Nuvolone, Pisapia (a cura di), vol. VIII, *Delitti contro la persona*, Torino, 1985<sup>5</sup>;
- G. MARINI, «Rischio consentito» e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Renato dell'Andro*, Bari, 1994, 539;
- G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996;
- G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009<sup>3</sup>;
- E. MUSCO, *Omissione di soccorso*, in *Digesto pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 557;
- G. NEPPI MODONA *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, *Democr. e dir.*, 1977, 661 e ss.;
- A. PAGLIARO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008<sup>3</sup>;
- P.V. REINOTTI, *Omissione di soccorso*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 43;
- M. RIVERDITI, *sub art. 556*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE e B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2009<sup>3</sup>;
- M. RONCO, *sub art. 593*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE e B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2009<sup>3</sup>;
- G. SANDOR, *Omissione di soccorso (art. 593 c.p.)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI e M. PAPA (trattato diretto da), *I reati contro la persona*, vol. I, S. Canestrari (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006;
- K. TIEDEMANN, *Tatbesandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1960;
- T. D'AQUINO (SAN), *Summa Theologiae – La Somma Teologica, traduzione e commento a cura dei domenicani italiani. Testo latino dell'edizione leonina*, vol. XVI, *La giustizia*, 1966.

## *Elenco degli Autori e dei Curatori*

Prof. Roberto Cavallo Perin, Professore ordinario in Diritto amministrativo,  
Università degli Studi di Torino

Dott. Roberto Chenal, Dottorando in Diritto penale italiano e comparato,  
Università degli Studi di Torino

Dott.ssa Manuela Consito, Ricercatore in Diritto amministrativo, Università  
degli Studi di Torino

Dott.ssa Barbara Gagliardi, Ricercatore in Diritto amministrativo, Univer-  
sità degli Studi di Torino

Prof. Leonardo Lenti, Professore ordinario in Diritto privato, Università de-  
gli Studi di Torino

Dott.ssa Joëlle Long, Ricercatore in Diritto privato, Università degli Studi  
di Torino

Dott. Alessandro Mantelero, Ricercatore in Diritto commerciale, Politecnico  
di Torino

Prof.ssa Gabriella M. Racca, Professore ordinario in Diritto amministrativo,  
Università degli Studi di Torino

Dott. Maurizio Riverditi, Ricercatore in Diritto penale, Università degli Studi  
di Torino

Prof.ssa Alessandra Rossi, Professore associato in Diritto penale, Università  
degli Studi di Torino





LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di luglio dell'anno 2010  
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

