



Relazione del Difensore Civico

2017

Relazione al Consiglio Regionale del Piemonte sugli accertamenti
espletati, sui risultati di essi e sui rimedi organizzativi e normativi di
cui si intende segnalare la necessità

(art. 8 della l.r. 9 dicembre 1981, n. 50)

La presente Relazione è stata realizzata dal Difensore Civico regionale Avv. Augusto Fierro
con la collaborazione e l'apporto di Mario Ancilli, Marco Audino, Emanuela Borzi, Antonio De Lucia,
Maria Grazia Giuliani, Ilaria Gritti, Flavio Mazzucco, Simonetta Morreale, Paolo Reynaud

La Relazione annuale è pubblicata sul sito del Difensore Civico Regionale all'indirizzo
<http://www.cr.piemonte.it/web/assemblea/organi-istituzionali/difensore-civico>

La Relazione viene inviata ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati

(art. 16 della Legge 15 maggio 1997, n. 127)

INDICE GENERALE

1	Introduzione	Pag. 9
----------	---------------------	--------

SEZIONE PRIMA

2.	Panoramica dell'attività svolta	
2.1	Analisi statistica degli interventi	Pag. 15
	grafico 1 - richieste di intervento pervenute nel decennio 2008-2017	Pag. 16
	grafico 2 - richieste di intervento prevenute nell'anno 2017	Pag. 16
	grafico 3 - interventi effettuati nell'anno 2017: distribuzione per materia	Pag. 17
	grafico 4 - interventi effettuati nell'anno 2017: principali tipologie di criticità lamentate	Pag. 17
	grafico 5 - interventi effettuati nell'anno 2017: enti destinatari	Pag. 18
	grafico 6 - interventi effettuati nell'anno 2017: esito istruttoria delle istanze pervenute	Pag. 18
	grafico 7 - edilizia residenziale pubblica: tipologia di casi trattati nell'anno 2017	Pag. 19
2.2	Commento alle tabelle statistiche	Pag. 20

SEZIONE SECONDA

Interventi rilevanti ed attività di approfondimento

3.	Area sanitaria e socio sanitaria	
3.1	Questioni segnalate all'Ufficio in materia sanitaria e socio-sanitaria	Pag. 25
3.2	Il nodo della continuità assistenziale a favore degli anziani non autosufficienti e connessi profili di condizionamento finanziario: attività svolta e spunti di riflessione	
3.2.1	Attività svolta	
3.2.1.1	Le relazioni del Difensore civico all'Amministrazione regionale	
3.2.1.1.1	Le lettere di "opposizione alle dimissioni" di pazienti anziani malati cronici in condizioni di non autosufficienza da strutture sanitarie o socio-sanitarie: la relazione del Difensore civico all'Amministrazione regionale del 16 maggio 2017	Pag. 26

3.2.1.1.2	L'attuazione dei nuovi Livelli Essenziali di Assistenza approvati con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2017, con riferimento in particolare alle prestazioni socio-sanitarie: relazione del 25 luglio 2017	Pag. 29
3.2.1.1.3	Ancora sul tema delle liste di attesa per l'ingresso in RSA degli anziani non autosufficienti: relazione del 14 novembre 2017	Pag. 30
3.2.1.2	Attività svolta dall'Ufficio del Difensore civico a seguito di richieste di intervento o segnalazioni pervenute da cittadini, Associazioni e Comitati	Pag. 33
3.2.1.2.1	Interventi svolti dall'Ufficio del Difensore civico in riferimento a lettere di "opposizioni alle dimissioni" di pazienti malati cronici in condizioni di "non autosufficienza" da strutture sanitarie o socio-sanitarie	Pag. 33
3.2.1.2.2	Attività della Difesa civica in riferimento a problematiche connesse al superamento del valore soglia di durata previsto per il ricovero in Case di cura private convenzionate a fini di riabilitazione, lungodegenza post acuzie ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria, a seguito di opposizione alle dimissioni di pazienti non autosufficienti dalle predette strutture.	Pag. 34
3.2.2	Spunti di riflessione sul sistema di finanziamento della spesa sanitaria, tra tutela del diritto alla salute, garanzia dell'accesso ai LEA ed equilibri di bilancio	Pag. 37
3.3	Approfondimenti	
3.3.1	Il tema del rispetto della dignità della persona	
3.3.1.1	"La dignità negata. La sottaciuta vicenda della contenzione degli anziani non autosufficienti" (Convegno)	Pag. 42
	Relazione di Maila Mislej	Pag. 49
	Relazione di Livia Bicego	Pag. 53
	Relazione di Davide Petrini	Pag. 62
3.3.1.2	Ancora sulla costituzione di parte civile del Difensore civico regionale nei procedimenti penali in cui siano persone offese soggetti disabili	Pag. 68
3.3.2	Rilevanti novità normative in materia sanitaria	
3.3.2.1	La Legge 8 marzo 2017 n. 24: Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie	Pag. 75
3.3.2.1.1	Medicina e sanità: un conflitto di interessi reale o immaginario?	Pag. 75
3.3.2.1.2	La legge Gelli: le ragioni dell'intervento normativo	Pag. 78
3.3.2.1.3	Gli interventi di modifica del regime di responsabilità civile e penale degli esercenti le professioni sanitarie	Pag. 79
3.3.2.1.4	La legge Gelli e il ruolo del Difensore civico	Pag. 81
3.3.2.2	La legge 22 dicembre 2017 n.219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento": una svolta importante per la piena realizzazione del diritto di ciascuno di noi a decidere sulle cure che ci riguardano	Pag. 85
3.3.2.3	Il consenso informato	Pag. 86
3.3.2.3.1	Il rifiuto delle cure	Pag. 88

3.3.2.3.2	Il tema della dignità nella fase finale della vita	Pag. 90
3.3.2.3.3	Le disposizioni anticipate di trattamento	Pag. 91
4.	Area Edilizia Residenziale Pubblica	
4.1	Panoramica generale sugli interventi del Difensore Civico e in particolare, la questione della partecipazione degli inquilini alle Assemblee condominiali secondo l'art. 24, comma 2, l.r. 3/2010	Pag. 93
5.	Area interventi riguardanti Enti locali	Pag. 95
5.1	Istanze di Consiglieri comunali di minoranza	Pag. 95
5.1.1	Richieste di accesso	Pag. 96
5.1.2	Richieste di pareri su legittimità delle deliberazioni del Consiglio comunale	Pag. 96
5.2	Questioni proposte da cittadini con riferimento a problematiche ambientali	Pag. 97
5.2.1	Un caso esemplificativo di inquinamento acustico e ambientale	Pag. 97
6.	Area Trasparenza e Partecipazione al Procedimento Amministrativo	
6.1	Approfondimenti in materia di accesso	
6.1.1	Problematiche concernenti le funzioni del Difensore civico regionale in materia di accesso civico ai sensi del Dlgs 33/2013 e s.m.i	Pag. 101
6.1.2	L'accesso alla documentazione sanitaria alla luce della disciplina introdotta dalla Legge 24/2017 (Legge Gelli)	Pag. 103
6.2	Interventi in materia di accesso	
6.2.1	Ricorso avverso diniego di accesso documentale (ex l. n.241/1990) richiesta da s.r.l. ad amministrazione comunale – diniego di documentazione di società concorrente contenente elaborati progettuali tutelati dal diritto d'autore – parere di illegittimità del diniego	Pag. 104
6.2.2	Ricorso per riesame di diniego di accesso civico generalizzato (ex art. 5 del d. lgs. n. 33/2013 e s.m.i.), richiesto da soggetto privato a società "in house" di atc piemonte centrale – diniego di documentazione contenente dati personali, interessi economici e commerciali della predetta società - parere di illegittimità del diniego	Pag. 105
6.2.3	Ricorso avverso diniego parziale di accesso documentale (ex l. n. 241/1990) richiesta da soggetto privato ad amministrazione comunale - diniego parziale di documentazione concernente contravvenzione stradale per carenza di interesse - parere di legittimità del diniego	Pag. 109
6.2.4	Ricorso avverso diniego di accesso documentale (ex l. n.241/1990) richiesta da soggetto privato ad amministrazione comunale – diniego di documentazione concernente nominativi di autori di segnalazioni ed esposti – parere di illegittimità del diniego	Pag. 111
6.2.5	Dichiarazione di riservatezza e sottrazione senza limiti di tempo al diritto di accesso dei cittadini in riferimento a pareri legali – nota del difensore civico	Pag. 112

6.2.6	Ricorso avverso diniego parziale di accesso documentale (ex l. n. 241/1990) richiesta da soggetto privato a settore regionale – diniego parziale di documentazione concernente note e comunicazioni pervenute da parte di sindaco in merito a richiesta di commissariamento di Ipab – parere di parziale illegittimità del diniego	Pag. 114
6.3	Accesso e partecipazione al procedimento amministrativo	
6.3.1	Accesso da parte di terzi ad esposti e istanze presentate al Difensore civico	Pag. 116
6.3.2	Esame della disciplina normativa	Pag. 117
6.3.3	Esame degli orientamenti giurisprudenziali	Pag. 118

SEZIONE TERZA

Pari opportunità e antidiscriminazione

7	Attività dell'Ufficio	
7.1	Interventi del Difensore civico in materia di erogazione di servizi e di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno	
7.1.1	Rilascio di permesso gratuito di sosta per accompagnatori di persone con disabilità prive di patente	Pag. 123
7.1.2	Rilascio tessera Bip di abbonamento agevolato trasporti per disoccupati	Pag. 124
7.1.3	Concessione contributo a fondo perduto per abbattimento barriere architettoniche	Pag. 125
7.1.4	Requisito della residenza per punteggi previsti per l'assegnazione di alloggi di edilizia sociale di riserva per l'emergenza abitativa	Pag. 126
8	Spunti di riflessione: Il principio di pari opportunità e la ricerca del difficile equilibrio tra solidarietà e crisi economica	Pag. 135
8.1	Equilibrio di bilancio e tutela dei diritti sociali: la diminuzione delle prestazioni offerte	Pag. 136
8.2	Brevi cenni sul principio del pareggio di bilancio e sul contenuto della riforma costituzionale 1/2012	Pag. 136
8.3	La tutela delle posizioni giuridiche inerenti a diritti sociali e le decisioni della Corte costituzionale	Pag. 137
8.4	<i>“È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”</i> : effettività dei rimedi previsti nella sentenza della Corte costituzionale 275/2016	Pag. 139
8.5	Il buon andamento della Pubblica Amministrazione inteso come programmazione e proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate costituisce la garanzia dei diritti sociali	Pag. 141
8.6	Nuove prospettive nella ricerca di rimedi effettivi per combattere le disuguaglianze	Pag. 143

9	Approfondimenti: cittadinanza, residenza qualificata, accesso alle prestazioni sociali; selezione dei beneficiari e profili discriminatori	Pag. 145
9.1	La condizione giuridica dello straniero e le prestazioni economiche di assistenza sociale	Pag. 145
9.2	L'accesso degli stranieri all'abitazione	
9.2.1	Brevi cenni sul riparto di competenze tra Stato, Regioni, ATC ed Enti locali in materia di edilizia sociale	Pag. 149
9.2.1.1	La riforma del Titolo V della Costituzione	Pag. 151
9.3	I diversi livelli di riconoscimento dei diritti sociali alle persone straniere, con particolare riferimento al requisito della residenza qualificata	Pag. 152
9.3.1	la presenza sul territorio	Pag. 153
9.3.2	il possesso di determinati titoli di soggiorno e di cittadinanza	Pag. 154
9.3.3	la residenza nel territorio ovvero la residenza qualificata	Pag. 155
9.4	I profili discriminatori del requisito della residenza qualificata	Pag. 158

SEZIONE QUARTA

Normativa sulla Difesa civica piemontese ed aspetti organizzativi dell'Ufficio

10	La proposta di riforma presentata dall'Ufficio del Difensore civico	Pag. 163
11	Le novità introdotte con Deliberazione UdP 42/2017	
	Considerazioni del Difensore civico	Pag. 171

SEZIONE QUINTA

Incontri e seminari

12	12.1 La partecipazione dell'Ufficio del Difensore civico al 30° Salone del libro di Torino	Pag. 179
	12.1.1 <i>"Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce"</i> (di Elisabetta Palici Di Suni)	Pag. 179
	12.1.2 <i>"Libertà di indossare il velo e divieto di discriminazione nella giurisprudenza italiana"</i> (di Cesarina Manassero)	Pag. 183
	12.1.3 <i>"Il Difensore civico del Piemonte garante del principio di non discriminazione"</i> (di Emanuela Borzi)	Pag. 196

SEZIONE SESTA

La Difesa civica in Europa/rapporti con il Mediatore europeo

- 13** 13.1 La partecipazione dell'Ufficio del Difensore civico alla Conferenza annuale dei Difensori civici (Bruxelles, giugno 2017) Pag. 203
- 13.1.1 "*Cento Difensori civici al servizio dei cittadini europei*" (di Mario Ancilli) Pag. 203

1. INTRODUZIONE

Come nella relazione dello scorso anno, anche in questa occasione mi pare appropriato muovere queste brevi note introduttive alla Relazione annuale richiamandomi ad alcune riflessioni recentemente svolte dal Presidente della Repubblica.

In occasione della celebrazione del giorno della memoria la prima carica dello Stato ha rivolto un monito a tutti noi affinché mai si dimentichi il “*virus letale*” del “*razzismo omicida esploso al centro d’Europa, contagiando nazioni e popoli fino a pochi anni prima emblema della civiltà, del progresso e dell’arte*” e, per quanto riguarda il nostro paese, “*la pagina infamante della nostra storia*” realizzata con l’ideazione e la messa in atto delle leggi razziali.

Il Presidente Mattarella ha accompagnato l’ammonimento con una severa ed accorata critica a chi sostiene che il fascismo fece sì due grandi errori, le leggi razziali e l’entrata in guerra, ma ebbe, al contempo, alcuni meriti. “*Si tratta di un’affermazione gravemente sbagliata e inaccettabile, da respingere con determinazione. Perché razzismo e guerra non furono deviazioni od episodi rispetto al suo modo di pensare, ma diretta e inevitabile conseguenza. Volontà di dominio e di conquista, esaltazione della violenza, retorica bellicistica, sopraffazione e autoritarismo, supremazia razziale, intervento in guerra contro uno schieramento che sembrava prossimo alla sconfitta, furono diverse facce dello stesso prisma*”.

Una critica storicamente ancorata ai fatti e pienamente consonante con la volontà del Legislatore Costituente che, con la previsione contenuta nella XII disposizione transitoria della Legge fondamentale, volle esplicitamente sottolineare la vocazione antifascista della Repubblica italiana, nata dalla Resistenza. Al medesimo tempo rivolta, anche ed inevitabilmente, ad una valutazione delle vicende dell’oggi che, secondo l’opinione di un autorevole commentatore¹, indicano che “*tracce di fascismo emergono in vasta parte del mondo politico e dell’opinione pubblica, anche se non si pensa più a manganello e camicia nera. L’ideologia e la pratica dell’odio per il diverso, l’attacco al Parlamento come luogo di discussione e mediazione politica (...). Ed anche il linguaggio² che nel dibattito politico ha perso ogni freno e rispetto per gli avversari*”

Purtroppo l’assenza di autocontrollo ed un’arrogante aggressività non contaminano soltanto il linguaggio politico ma connotano, sempre più spesso, le relazioni interpersonali (emblematico ciò che avviene sui social network) ed i sentimenti dei consociati.

¹ In questi termini Vadlimiro Zagrebelsky in “*Perché sdoganare il fascismo è un errore*”, La Stampa, 20 febbraio 2018

² Le caratteristiche principali del lessico manipolatorio del ventennio sono rintracciabili nell’esibizione di una muscolare virilità e in un retorico radicalismo espressivo.

Già lo scorso anno osservavo come l'Ufficio del Difensore civico sia testimone di un utilizzo, purtroppo non episodico, di un linguaggio aggressivo e provocatorio nel rapporto con le Istituzioni. A fronte di una ordinaria platea di richieste di intervento connotate da una fisiologica dialettica tra cittadino e pubbliche amministrazioni e da appropriatezza espositiva, ne pervengono infatti altre che esprimono atteggiamenti aggressivi, indifferenti ad un'esigenza di confronto, reciprocamente rispettoso, con la Pubblica Amministrazione.

Il fenomeno è apparso persistente anche nel corso del 2017 e ad alcuni cittadini che nella corrispondenza con l'Ufficio del Difensore civico avevano utilizzato espressioni ingiuriose nei confronti di pubblici amministratori o funzionari, sono stati trasmessi espliciti richiami alla necessità del rispetto nei confronti dell'interlocutore.

Si legge, ad esempio, nel contesto di una risposta trasmessa ad un cittadino il 3 febbraio del 2017 con riferimento ad una problematica di richiesta di accesso agli atti, "(...) *Da ultimo, in considerazione del ruolo e dei compiti affidatici dalla Legge, Le facciamo presente quanto segue.*

*Nella corrispondenza da Lei inviata ai diversi Uffici sono presenti, reiteratamente, affermazioni pregiudizialmente polemiche e dai contenuti astiosi, a volte imperativi (...), che riteniamo non siano consentibili né se rivolte da Pubblici Impiegati a Cittadini, né, al contrario se rivolte da Cittadini a Pubblici Impiegati o, comunque, nelle comunicazioni tra Consociati, anche quelle trasmesse a mezzo mail che, proprio per la natura del mezzo utilizzato, risentono spesso di una minor ponderazione. Il **rispetto reciproco è infatti fondamento di qualsivoglia relazione umana** ed è premessa ineludibile di quel progresso materiale e spirituale della società che, come ci insegna l'articolo 4 della nostra Costituzione, deve essere un obiettivo che tutti i Cittadini italiani sono chiamati, **doverosamente**, a perseguire.*

Vorrà pertanto avere la benevolenza di tener conto di queste considerazioni nella corrispondenza che in futuro avrà occasione di intrattenere con questo od altri Uffici."

Ed ancora, nella risposta inviata ad altro utente dell'Ufficio, così, testualmente, ci si esprimeva: "(...) *formulo disapprovazione nei confronti dell'atteggiamento di aggressività che connota, particolarmente, la Sua ultima nota datata 21 novembre (...)* La informo che tali espressioni risultano del tutto inappropriate, non solo e non tanto perché rivolte ad un Pubblico Ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni ma soprattutto perché indifferenti al dovere di reciproco rispetto cui deve essere conformato il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione. Le rammento che la nostra carta Costituzionale prevede non solo diritti ma anche doveri e tra essi certamente vi è quello di rispettare i canoni della convivenza: canoni che la nostra legge fondamentale vorrebbe ispirati anche al principio di solidarietà nel cui ambito va annoverata l'esigenza di reciproco rispetto, apparendo sempre invalicabile, anche in occasione dell'esercizio di un diritto, il limite del rispetto della persona e del suo onore".

La scelta di procedere, quando necessario, ad interventi di natura "didascalica" discende dalla convinzione di questo Difensore civico che una delle emergenze dei nostri tempi sia costituita da una ingravescente animosità pulsionale che connota le relazioni interpersonali: compito delle Istituzioni tutte, abdicando alle lusinghe di un facile consenso, non può che essere il richiamo al valore intrinseco della rispettosità dei comportamenti privati e pubblici.

In un saggio recente³ Luciano Violante, con riferimento al tema del rispetto dell'avversario inteso come fattore necessario ed irrinunciabile nella competizione politica all'interno delle democrazie, osserva, tra l'altro, che *“il valore del rispetto reciproco fa sfumare l'idea del nemico e pone in discussione l'idea bellica della politica”*

Pare a chi scrive che queste riflessioni possano essere applicate anche al tema del dovere di rispetto dell'interlocutore nel nostro agire da cittadini, dovendosi esso essere considerato come antidoto ad un'idea bellica della convivenza sociale.

Esse trovano un ancoraggio prezioso nella considerazione della necessità del ristabilimento, anzitutto culturale, di una pari ordinazione tra diritti e doveri, evocata nell'autorevole riflessione che si è citata. *“Fra diritti e doveri esiste una stretta interdipendenza. Non solo per l'ovvia considerazione per la quale a ogni diritto di una persona corrisponde il dovere di un altro soggetto, pubblico o privato, ma anche perché l'adempimento dei doveri dà forma a una comunità rispettosa dell'altro nella quale i diritti possono essere esercitati (...). Senza una cultura e una pratica dei doveri i cittadini si muovono come monadi isolate e rissose, perdono l'idea di appartenere a una comunità; ciascuno agisce nel proprio esclusivo interesse avvalendosi dei propri diritti soggettivi come arma puntata contro l'altro”*⁴

Nella piena condivisione di questo autorevole richiamo espongo qui di seguito, coadiuvato dalla preziosa collaborazione dei Collaboratori tutti, la Relazione concernente l'attività svolta dall'Ufficio nell'anno 2017.

³ Luciano Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2015, pagina 142

⁴ Ivi, pagina 65

SEZIONE PRIMA

2. PANORAMICA DELL'ATTIVITÀ SVOLTA

2.1 Analisi statistica degli interventi

GRAFICO 1 Richieste di intervento pervenute nel decennio 2008-2017

GRAFICO 2 Richieste di intervento pervenute nell'anno 2017

GRAFICO 3 Interventi effettuati nel 2017. Distribuzione per materia

GRAFICO 4 Interventi anno 2017. Principali tipologie di criticità lamentate

GRAFICO 5 Anno 2017. Enti destinatari degli interventi

GRAFICO 6 Anno 2017. Esito istruttoria delle istanze pervenute

GRAFICO 7 Edilizia residenziale pubblica. Tipologia di casi trattati nel 2017

GRAFICO 1. Richieste di intervento pervenute nel decennio 2008-2017

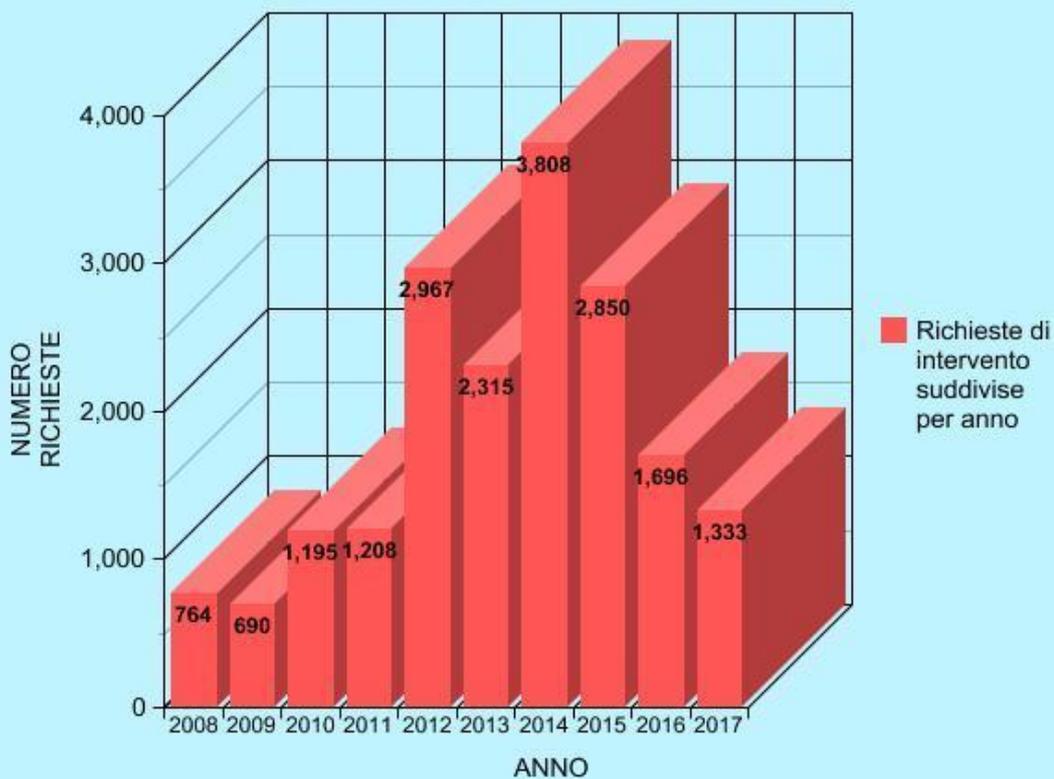


GRAFICO 2. Richieste di intervento pervenute nell'anno 2017.

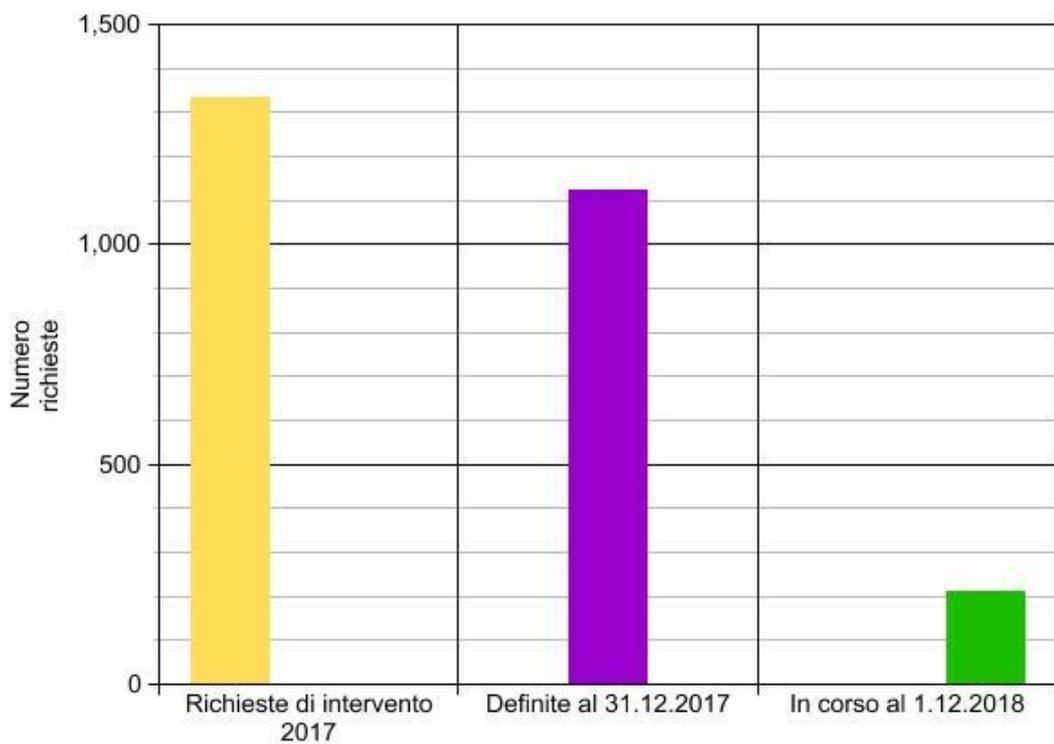


GRAFICO 3. Interventi effettuati nel 2017. Distribuzione per materia.

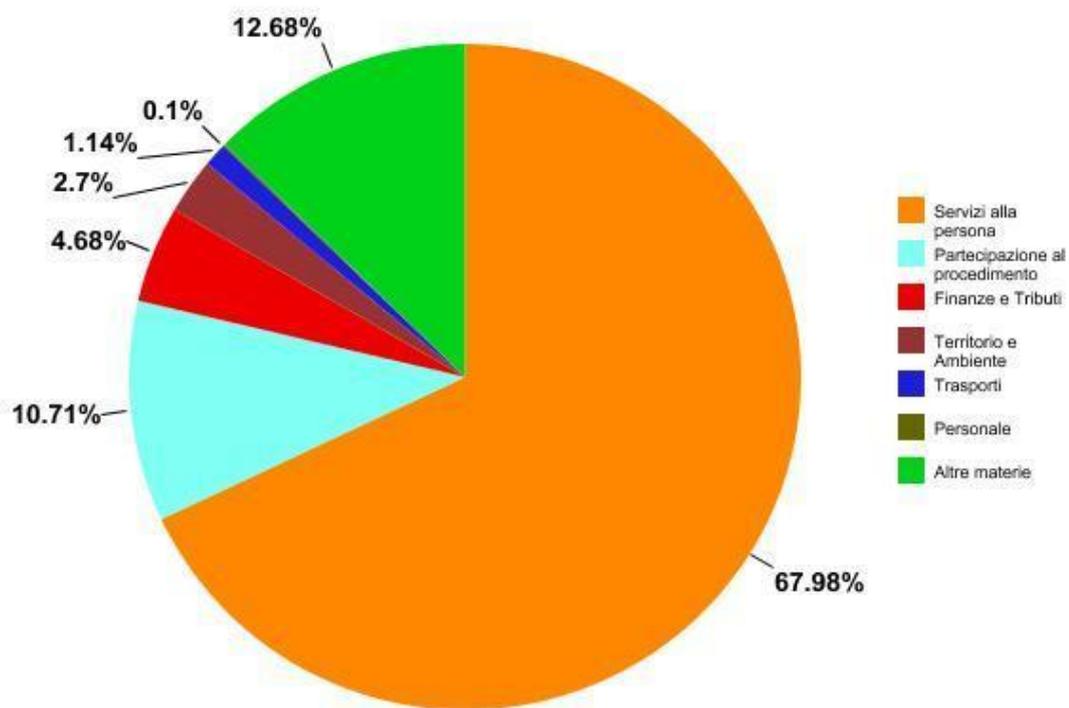


Grafico 4. Anno 2017- Principali tipologie di criticità lamentate.



GRAFICO 5. Anno 2017. Enti destinatari degli interventi.

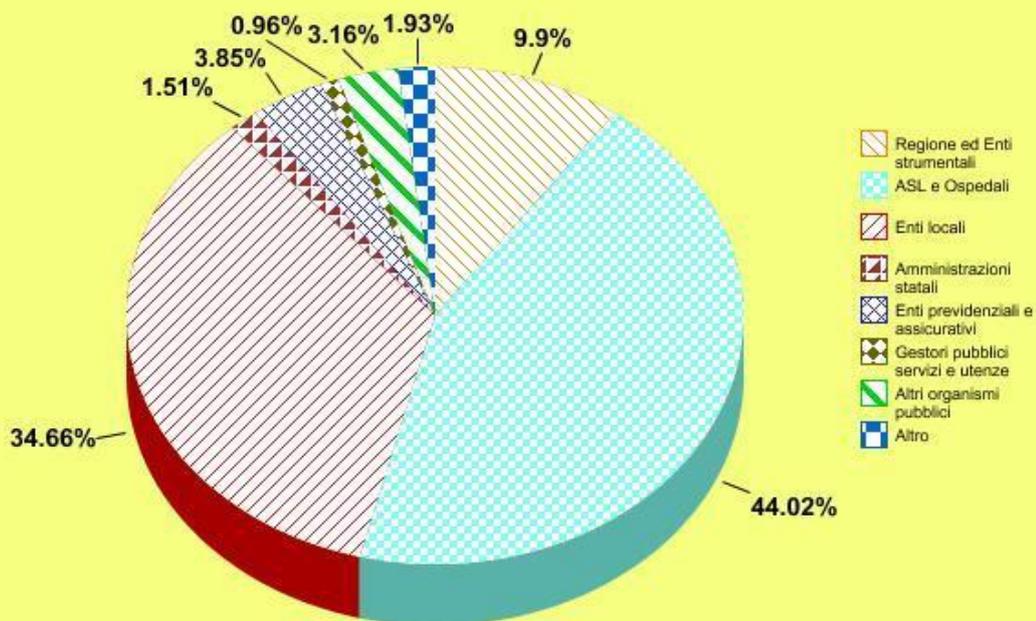


GRAFICO 6. Anno 2017. Esito istruttoria delle istanze pervenute

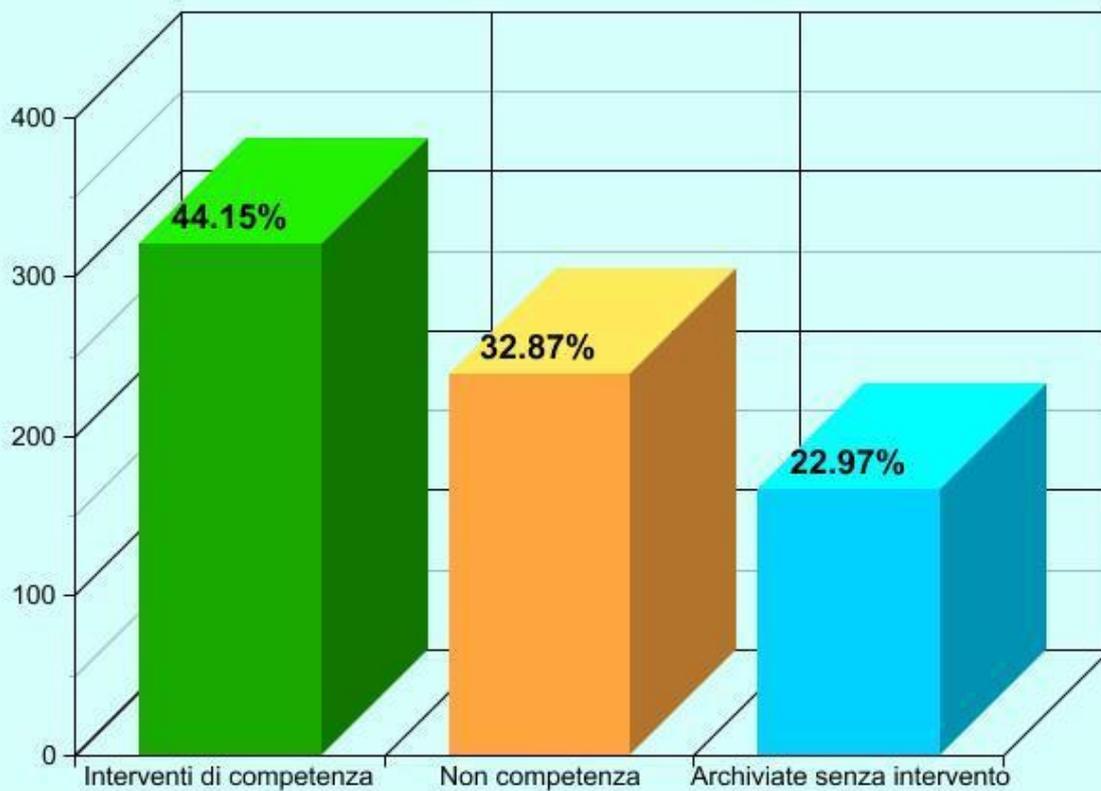
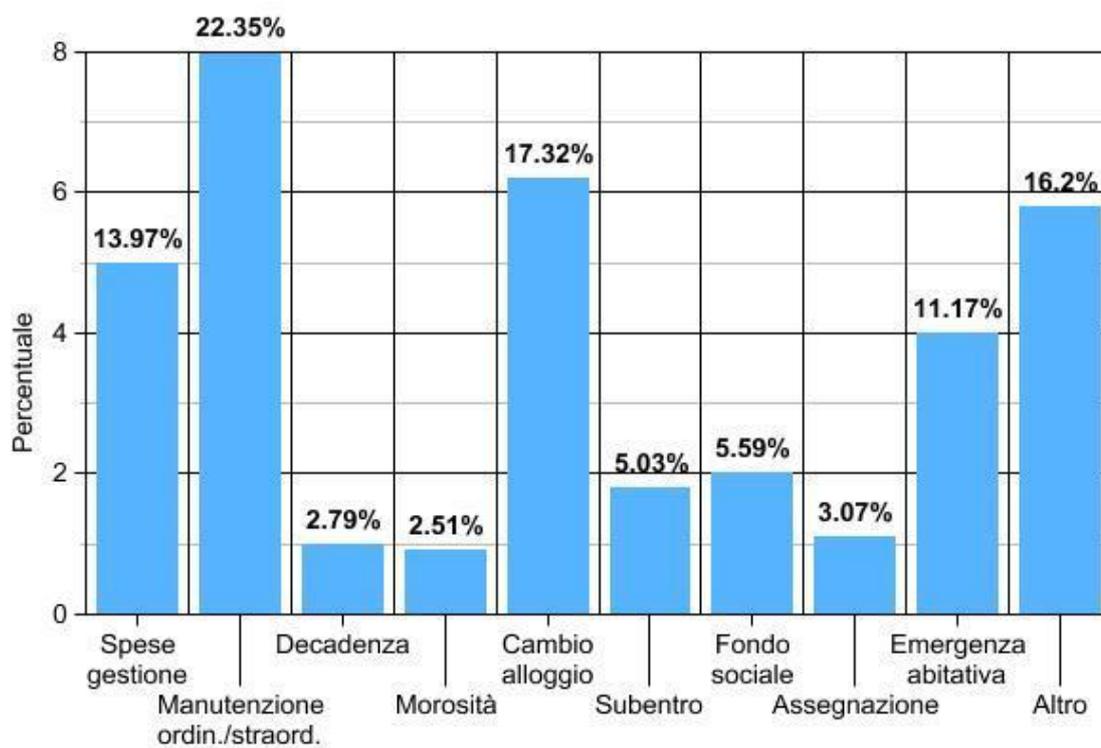


GRAFICO 7. Edilizia residenziale pubblica. Tipologia di casi trattati nel 2017



2.2 Commento alle tabelle statistiche

Nel corso dell'anno 2017, nell'ambito delle varie aree di competenza, l'Ufficio del Difensore Civico ha aperto 727 fascicoli, corrispondenti ad una platea di 1333 persone interessate dalle richieste di intervento. Delle suddette istanze circa l'85% è stato definito al 31.12.2017, mentre il restante 15% risulta ancora in corso al 1 gennaio 2018.

Nella Relazione annuale si dà atto del complesso di attività svolte con riguardo alle richieste di intervento pervenute nel corso dell'anno. Sono state rappresentate graficamente le tipologie di istanze e relativi interventi espletati dall'Ufficio, sulla base dei seguenti criteri e riferimenti principali:

- Numero di casi pervenuti nell'anno di riferimento e nell'ultimo decennio
- Distribuzione percentuale delle istanze per tipologia di materia
- Principali tipologie di criticità lamentate
- Enti destinatari degli interventi
- Esito dell'istruttoria delle istanze pervenute

Le richieste di intervento riferite al periodo 2008-2017 testimoniano un incremento del numero di istanze pervenute a partire dall'anno 2012, con punta massima raggiunta nel 2014, ed una riduzione registrata negli anni 2016 e 2017.

Le aree di intervento hanno riguardato l'area relativa ai servizi alla persona, comprendente gli interventi in materia di sanità, assistenza e disabilità, nonché quelli in materia di "opposizioni alle dimissioni" da strutture sociosanitarie e ospedaliere (in particolare per quanto riguarda anziani malati cronici non autosufficienti e persone con disabilità grave), la situazione nei pronto soccorso ospedalieri, l'assistenza domiciliare, le prestazioni di servizi di medicina specialistica e di laboratorio in regime di esenzione dal ticket o anche di compartecipazione alla spesa sanitaria.

Da evidenziare sono gli interventi riguardanti l'area della partecipazione al procedimento amministrativo e del diritto di accesso, compreso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, introdotto con la riforma del D.lgs. 33/2013 e quello in materia di documentazione sanitaria, recentemente introdotto dalla c.d. legge Gelli.

Tra gli interventi effettuati si evidenziano inoltre quelli in materia di edilizia residenziale pubblica, quelli in materia di territorio e ambiente, fiscalità, finanze e tributi, trasporto pubblico e locale, nonché quelli concernenti gli assegnatari di case gestite dall'Agenzia Territoriale per la Casa.

Per quanto riguarda le criticità lamentate dagli esponenti, come illustrato nel grafico 4, sono state prevalentemente oggetto di intervento quelle relative a disservizi (45% circa delle istanze), comprendenti anche tutte quelle tipologie di criticità relative alle opposizioni alle dimissioni da strutture sociosanitarie

e ospedaliere, quelle concernenti la mancanza di risposta o la carenza di informazioni (circa il 28% dei casi), nonché quelle concernenti il diritto di accesso (circa l'8% dei casi esaminati).

I casi riguardanti i ritardi ingiustificati nella conclusione dei procedimenti ammontano a circa il 4% degli interventi effettuati. Altre criticità residuali prese in esame rientrano nella tipologia dei casi di discriminazione, comprendente anche la carenza nell'attuazione di diritti fondamentali, nonché nella tipologia dei casi di omissione di atti obbligatori per legge.

Sono stati inoltre rappresentati graficamente gli Enti destinatari degli interventi dell'Ufficio; circa il 78% degli interventi sono equamente suddivisi fra Asl, Ospedali ed Enti locali territoriali. Seguono gli interventi nei confronti dell'Amministrazione regionale ed enti strumentali regionali, nonché gli interventi nei confronti di enti previdenziali ed assicurativi. Infine i casi concernenti altri organismi pubblici (ad esempio le autorità giurisdizionali), nonché le Amministrazioni periferiche dello Stato e i Gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità.

Nel grafico n. 6 sono state rappresentate le tipologie di esito delle istanze, a seguito dell'istruttoria operata dall'Ufficio. Occorre rilevare che gli interventi di "stretta" competenza dell'Ufficio ammontano a circa il 44% delle istanze; fra quelle che si caratterizzano come interventi di non competenza (circa il 32 % del totale) possono essere evidenziati quelli che hanno richiesto comunque un orientamento dell'esponente, ovvero una corretta ed esaustiva informativa in ordine agli strumenti previsti dall'ordinamento a tutela di diritti e interessi legittimi.

Sono state quindi rappresentate le istanze archiviate senza poter effettuare alcun intervento (circa il 23%), che comprendono quelle istanze che difettano della presentazione della documentazione necessaria a provare la doglianza (improcedibili), della presenza di requisiti essenziali del reclamo (ovvero mancanza di preventivo reclamo all'ente competente), e infine quelle che si caratterizzano "ictu oculi" per una manifesta infondatezza del reclamo stesso.

Nel grafico n. 7 infine sono state esaminate le istanze pervenute in materia di edilizia residenziale pubblica, che hanno riguardato principalmente la manutenzione degli immobili (22% circa dei casi), le richieste di cambio alloggio (17%) soprattutto in deroga al Bando come previsto dalla normativa regionale, le spese di gestione (14% circa) e le problematiche afferenti l'emergenza abitativa (11%). Infine il restante 19% circa dei casi riguarda le segnalazioni riferite ai procedimenti di decadenza dal titolo abitativo, subentro nel contratto di locazione, accesso al fondo sociale, assegnazione dell'immobile e morosità nei pagamenti del canone e/o delle spese accessorie. Va evidenziato che nel 16% circa dei casi riguardanti l'edilizia residenziale pubblica, durante l'istruttoria svolta, è emersa la non competenza dell'Ufficio a trattare il caso proposto o la manifesta infondatezza del reclamo.

SEZIONE SECONDA

INTERVENTI RILEVANTI ED ATTIVITÀ DI APPROFONDIMENTO

3. AREA SANITARIA E SOCIO SANITARIA

3.1 Questioni segnalate all'Ufficio in materia sanitaria e socio-sanitaria.

Le principali tipologie di questioni in materia sanitaria e socio-sanitaria, desumibili dalle segnalazioni pervenute al Difensore civico da cittadini, Associazioni e Comitati nel corso dell'anno 2017, in continuità con quanto evidenziato nelle precedenti Relazioni annuali, possono essere individuate:

- nelle “opposizioni alle dimissioni” da strutture sanitarie e socio-sanitarie formulate, mediante specifiche lettere, da familiari di pazienti anziani affetti da patologie croniche, in condizione di accertata o affermata “non autosufficienza”, ivi ricoverati a fini di assistenza sanitaria ospedaliera, di riabilitazione, lungodegenza o continuità assistenziale a valenza sanitaria;
- nelle criticità della “presa in carico” di persone in condizione di “non autosufficienza”, in specie anziane o affette da disabilità, da parte delle strutture pubbliche (sanitarie, socio –sanitarie e sociali), ovvero, in particolare:
 - a. difficoltà nell'individuazione e accesso a “percorsi di continuità assistenziale” appropriati ai concreti bisogni di anziani non autosufficienti o persone i cui bisogni sanitari e assistenziali siano loro assimilabili;
 - b. carente informazione in ordine a compiti, modi e tempi di attivazione delle previste Commissioni multidisciplinari (U.V.G., U.V.A., U.M.V.D.) per quanto attiene alla valutazione, ovvero rivalutazione delle condizioni di “non autosufficienza” di anziani e disabili;
 - c. progressiva dilatazione dei tempi necessari per l'attivazione di prestazioni domiciliari o semi-residenziali, residenziali a favore di anziani non autosufficienti ovvero disabili (anche minorenni in specie affetti da autismo) e conseguenti liste di attesa;
- nelle richieste di pagamento di rette di ricovero formulate da Amministrazioni di Case di cura private accreditate, nei confronti di pazienti anziani non autosufficienti, ricoverati a carico del Servizio Sanitario a fini di riabilitazione, lungodegenza ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria, a seguito di “opposizioni alle dimissioni” dei pazienti dalle predette strutture, decorso il valore soglia di durata previsto per tali ricoveri, in ragione delle persistenti o aggravate condizioni di accertata o affermata “non autosufficienza”;
- nelle richieste formulate da gestori di strutture residenziali nei confronti di parenti, congiunti, tutori, amministratori di sostegno di anziani “non autosufficienti” ivi ricoverati, di sottoscrivere “contratti di ospitalità”, comunque denominati;

- nella concreta individuazione dei requisiti per il riconoscimento di codici esenzione ticket per reddito;
- nei casi di affermata inadeguatezza delle strutture ospedaliere e sanitarie, di lamentata negligenza ed inefficienza del personale medico, e di eventuali connessi profili di responsabilità medica e delle strutture.

3.2 Il nodo della continuità assistenziale a favore degli anziani non autosufficienti e connessi profili di condizionamento finanziario: attività svolta e approfondimenti.

3.2.1 Attività svolta

3.2.1.1 Le relazioni del Difensore civico all'Amministrazione regionale

3.2.1.1.1) Le lettere di “opposizioni alle dimissioni” di pazienti anziani malati cronici in condizioni di “non autosufficienza” da strutture sanitarie o socio-sanitarie: la relazione del Difensore civico all'Amministrazione regionale: relazione del 16 maggio 2017.

Lo scrivente Difensore civico ha ritenuto opportuno segnalare ai Presidenti del Consiglio e della Giunta regionale, con relazione straordinaria (nota prot. n.17895 del 16 maggio 2017) effettuata ai sensi del terzo comma dell'articolo 8 della Legge regionale 50/81, l'ingravescente fenomeno delle lettere di opposizione formulate avverso provvedimenti di dimissioni da case di cura ed ospedali riguardanti, nella quasi totalità, pazienti anziani affetti da patologie croniche.

Al riguardo, si è rammentato che già in precedenti interventi il Difensore civico aveva evidenziato come tali opposizioni conseguano, in rapporto di causalità, alle carenze della presa in carico socio sanitaria di questa tipologia di pazienti: carenze icasticamente evidenziate dalle c.d. liste di attesa, ma che per il vero riguardano l'intero percorso valutativo delle patologie e delle situazioni familiari di ciascun malato, rispetto alle quali incombe sull'Amministrazione nel suo complesso un obbligo di continuità assistenziale. “Continuità assistenziale” che non deve essere intesa come un formalistico passaggio (cartaceo od informatizzato, poco importa) di informazioni sanitarie.

Quando si tratta di pazienti di particolare fragilità, quali sono gli anziani non autosufficienti, il principio della continuità assistenziale dovrebbe imporre l'attivazione di una rete, formale ed informale, volta ad affrontare i bisogni complessivi della persona malata, cominciando da quello di essere accudita anche nella fase di approccio ai servizi del sistema socio sanitario.

La vicenda delle lettere di opposizione deve essere esaminata anche sulla scorta di un ulteriore profilo, di carattere squisitamente giuridico, che va individuato con riferimento all'omissione di quei **provvedimenti istruttori e deliberativi che dovrebbero conseguire al ricevimento delle “opposizione” e riguardare il tema, concreto e tangibile, della dimissibilità o meno di ciascun paziente che abbia utilizzato questa tipologia di reclamo.**

Le lettere di “opposizione” (che risultano per lo più sottoscritte e inviate da parenti, congiunti, tutori e amministratori di sostegno dei pazienti) sono infatti espressamente formulate ai sensi e per gli effetti dell’articolo 14, comma. 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, che consente ai cittadini di presentare osservazioni e opposizioni in materia di sanità: l’opposizione alle dimissioni, unitamente alla Carta dei Servizi ed all’Ufficio relazioni con il pubblico, rappresenta uno degli strumenti di informazione e di garanzia che il sistema sanitario ha messo a disposizione degli utenti a seguito della approvazione della legge di riforma del 1992 e del successivo Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del maggio 1995 intitolato “Schema generale di riferimento della Carta dei servizi sanitari”, attuativo della stessa.

Tutte le previsioni del sopra indicato articolo 14 del Decreto legislativo 502 del 1992 (Decreto di “*riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, numero 421*”), si collocano infatti all’interno del Titolo IV del Decreto stesso, avente ad oggetto la “**Partecipazione e tutela dei diritti dei cittadini**”.

Lo scrivente Difensore civico ha però evidenziato le significative differenze esistenti tra lo strumento del reclamo e quello dell’opposizione alle dimissioni, appalesandosi per le seconde, con maggiore evidenza, la indispensabilità di una attività istruttoria e la pronuncia, da parte dell’Amministrazione, di un provvedimento esplicito di accoglimento o di diniego.

Sia l’iniziativa “*oppositiva*” dell’utente che il “*reclamo*”, infatti, si iscrivono nel novero degli strumenti di tutela diretta riconosciuti dall’Ordinamento: in entrambi i casi il legislatore ha infatti ritenuto opportuno di concedere al cittadino utente la facoltà di rivolgersi all’Amministrazione, prima di eventualmente affidarsi alla tutela giurisdizionale, invocando un atto in proprio favore assunto dall’Amministrazione in autotutela.

Ulteriormente, mediante la relazione di che trattasi, è stata sottolineata una importante differenza tra i due strumenti messi a disposizione del cittadino utente: mentre il reclamo (che può precedere o seguire l’erogazione di una prestazione) può riguardare, ad esempio, una censura alla eccessiva onerosità della compartecipazione di spesa piuttosto che un’irregolarità nell’attuazione del programma assistenziale, od assumere la forma di una vera e propria manifestazione di protesta⁵, lo strumento dell’opposizione alle dimissioni è indirizzato a manifestare una specifica censura nei confronti di un’altrettanto specifica valutazione operata da un Sanitario dipendente dall’Amministrazione (il paziente è guarito ed è dunque dimissibile) ed a pretendere da essa una riconsiderazione di quella valutazione.

Si coglie bene il significato della distinzione se si ha riguardo al contenuto degli articoli 6 e 7 del DPCM del 1995 che distinguono tra i casi in cui, a fronte di una iniziativa dell’utente, vi è necessità di un’attività istruttoria semplificata e quelli in cui l’indagine diviene più complessa: in questi ultimi la decisione sulla doglianza del cittadino è affidata al Legale rappresentante dell’ente e dovrà necessariamente essere preceduta da un’articolata attività istruttoria che può estrinsecarsi

⁵ Si veda Maria Alessandra Stefanelli, Profili di costruzione della tutela dell’utente del servizio socio-sanitario, in “L’erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie”, a cura di Michele Sesta, Rimini, 2014, pag. 784

in “relazioni o pareri” dei “responsabili dei Servizi, delle Unità operative, ovvero degli uffici della USL”.

Sempre e comunque, all'attivazione dell'utente deve corrispondere una risposta dell'Amministrazione, come si deduce dal disposto del comma 5 dell'articolo 14 della riforma del 1992, secondo cui “Al fine di garantire la tutela del cittadino avverso gli atti o comportamenti con i quali si nega o si limita la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria, sono ammesse osservazioni, **opposizioni**, denunce o reclami in via amministrativa, redatti in carta semplice, da presentarsi entro quindici giorni dal momento in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'atto o comportamento contro cui intende osservare od opporsi, da parte dell'interessato, dei suoi parenti o affini, degli organismi di volontariato o di tutela dei diritti accreditati presso la regione competente, **al Direttore generale dell'Unità sanitaria locale o dell'Azienda che decide in via definitiva o comunque provvede entro quindici giorni, sentito il Direttore sanitario.** La presentazione delle anzidette osservazioni ed opposizioni non impedisce ne preclude la proposizione di impugnative in via giurisdizionale”.

L'attribuzione al Direttore generale di uno specifico dovere di decidere sull'opposizione fa ritenere che, alla stregua dell'obbligo giuridico di adottare un provvedimento espresso stabilito dall'articolo 2 della legge sul procedimento amministrativo, il dovere di pronunciarsi esplicitato dalla riforma del 1992 debba essere considerato espressivo, a tinte forti⁶, di quella scelta di democratizzazione e trasparenza dell'esercizio dell'attività pubblica cui il nostro ordinamento è sempre più orientato nello sforzo di garantire al privato risposte certe da parte dell'apparato pubblico.

Con la conseguenza che la omessa decisione di accoglimento o rigetto della richiesta contenuta nelle predette lettere da parte dei competenti Direttori generali si pone in contrasto con le esigenze di trasparenza di cui si è detto, determinando una lesione (ormai reiterata in innumerevoli casi), del diritto dei cittadini ad ottenere risposta.

In conclusione, per tale ragioni, lo scrivente Difensore civico ha ritenuto non ulteriormente rinviabile un intervento prescrittivo ma anche organizzativo che metta i Direttori Generali delle ASL del Piemonte in condizione di adempiere, previa istruttoria, all'obbligo di assumere puntuali **determinazioni** a riscontro delle lettere di “opposizione alle dimissioni”.

Il testo della relazione del 16 maggio 2017 ha in seguito formato oggetto di specifica comunicazione trasmessa all'attenzione dei Direttori generali delle Aziende Sanitarie Locali del Piemonte, tenuto conto che la questione sopra esposta attiene con evidenza alla loro attività.

A tale comunicazione hanno fatto seguito interlocuzioni con i Direttori generali rispettivamente dell'ASL TO3 e dell'ASL Città di Torino, volte ad approfondire la conoscenza degli elementi sostanziali che conducono i cittadini a ricorrere alle sopra descritte iniziative oppositive riferite alle dimissioni di anziani non autosufficienti ricoverati in strutture ospedaliere, sanitarie

⁶ Francesco Caringella, Manuale di diritto amministrativo, VIII edizione, Roma, pag. 1076

ovvero socio-sanitarie. Tutto ciò accompagnato dall'individuazione di possibili attività atte a prevenire i casi che possono determinare un' "opposizione alle dimissioni".

3.2.1.1.2) L'attuazione dei nuovi Livelli Essenziali di Assistenza approvati con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2017, con riferimento, in particolare, alle prestazioni socio-sanitarie: relazione del 25 luglio 2017.

Tenuto conto del rilevante impatto derivante dall'attuazione, in ambito regionale, dei nuovi Livelli Essenziali di Assistenza su molte posizioni soggettive di cittadini e così in particolare su quell'elevato numero di persone e famiglie che affrontano le tematiche della non autosufficienza, lo scrivente Difensore civico si è avvalso della facoltà riconosciuta dalla legge istitutiva dell'Ufficio della Difesa civica regionale, di "inviare relazioni su questioni specifiche, in casi di particolare importanza e comunque meritevoli di urgente considerazione ", per sottoporre, con nota prot.28056 del 25 luglio 2017, ai Presidenti del Consiglio e della Giunta regionale ed agli Assessori regionali alla Sanità ed alle Politiche Sociali le proprie specifiche osservazioni.

Al riguardo, la relazione straordinaria ha preso avvio dalle considerazioni che un attento commentatore del Decreto sui nuovi Lea⁷ ha evidenziato, ovvero che il provvedimento normativo approvato dal Governo, nell'elencare gli interventi sociosanitari (domiciliari, diurni e residenziali) riferiti alle diverse tipologie di utenza, quasi sempre omette di formulare volumi di offerta minimi e tempi certi, non dilatati, che possano essere posti a garanzia dell'accesso alle prestazioni.

Eppure la possibilità di far permanere al proprio domicilio un anziano non autosufficiente, o un disabile, dipende quasi esclusivamente dal numero di ore di assistenza domiciliare di cui costui potrà fruire perché, se l'assistenza domiciliare di tutela della persona si concretizza solo in numero limitato di ore settimanali, la sua efficacia sarà molto ridotta, con l'effetto di non consentire, nei fatti, la permanenza al domicilio, oppure di costringere la famiglia ad impoverirsi per pagare in proprio assistenti familiari.

E così pure la possibilità per un non autosufficiente di fruire di una collocazione in una struttura residenziale risulterà effettiva solo nella misura in cui l'attesa per entrare in struttura non sia troppo lunga perché, altrimenti, la famiglia dovrà affannarsi a cercare altre soluzioni mentre è in lista d'attesa del posto letto o, in alternativa, impoverirsi per pagare in proprio tutta la retta di ricovero.

Sarebbe stato opportuno, nell'ottica di una uniforme garanzia sul territorio nazionale, che i Lea avessero definito anche il volume degli interventi da erogare ed i tempi massimi entro cui tale offerta debba essere erogata. Introducendo, per quanto attiene all'assistenza domiciliare, un meccanismo teso a definire un massimale mensile erogabile (da tradurre in prestazioni domiciliari), incrementato al crescere della non autosufficienza.

⁷ Maurizio Motta, "I nuovi livelli essenziali: una occasione perduta per l'assistenza socio sanitaria?", in Welfare Oggi, numero 5/2016

A tali considerazioni, consegue, secondo lo scrivente Difensore civico, l'opportunità per l'Amministrazione regionale di colmare questo vuoto, cogliendo l'occasione per affrontare anche i nodi irrisolti e le ferite lasciate aperte dagli esiti di un contenzioso giudiziario⁸ cui si erano demandati problemi che in quella sede non potevano certo trovare una soluzione, con il risultato che essi pendono immutati ed anzi aggravati dal trascorrere del tempo.

Ancora una volta si è rilevato come tra gli snodi critici del sistema di servizi per la non autosufficienza il più rilevante continui ad essere individuato nella insufficienza della continuità assistenziale ai pazienti che vengono dimessi senza aver recuperato piena autonomia personale. La continuità dell'assistenza è infatti tutelata nel passaggio da ospedale a casa di cura (o posti letto di lungo assistenza) ma non lo è all'uscita di questi servizi, quando, al termine della permanenza nelle strutture di post acuzie o riabilitative, il percorso si inceppa, non riuscendo a superare l'irragionevole ostacolo⁹ delle liste di attesa.

Secondo chi scrive, l'occasione da cogliere in sede di attuazione dei Lea per offrire concretezza ai diritti dei cittadini non autosufficienti e delle loro famiglie riguarda anche le previsioni inattuate della legge regionale n°10/2010 sull'assistenza domiciliare, anche in considerazione del rilievo assegnato dai nuovi Lea a questo tipo di assistenza, più volte in essi evidenziata come strategia prioritaria.

Una strategia che, come ricorda l'autore prima citato, potrebbe essere tarata per un verso sulle differenti situazioni delle famiglie¹⁰, e per altro verso da flessibilità e personalizzazione degli interventi¹¹.

3.2.1.1.3) Ancora sul tema delle liste d'attesa per l'ingresso in RSA degli anziani non autosufficienti: relazione del 14 novembre 2017.

Mediante l'ulteriore relazione straordinaria di cui all'oggetto, il Difensore civico ha inteso ulteriormente segnalare all'Amministrazione regionale, per la sua crescente rilevanza, la questione della continuità nell'assistenza.

Segnatamente, sulla scorta dei dati deducibili dall'attività dell'Ufficio del Difensore civico, come già osservato nella precedente relazione del 25 luglio 2017, si è rilevato che le necessità di continuità assistenziale degli anziani non autosufficienti trovano normalmente un'adeguata risposta in caso di ricovero ospedaliero per patologie acute ed anche al momento del passaggio dalla struttura ospedaliera a quelle post acuzie, ciò che non accade al momento dello spirare del termine previsto per la permanenza in tale strutture: in quest'ultimo passaggio il destino dell'anziano in condizioni di non autosufficienza e bisognoso di appropriate prestazioni domiciliari,

⁸ Sentenze Tar Piemonte 199/2014 e Consiglio di Stato 604/2015

⁹ Con riferimento a tale irragionevolezza il Difensore civico ha già ripetutamente formulato osservazioni, da ultimo con la relazione straordinaria del maggio 2016, pubblicata in sede di relazione annuale

¹⁰ M. Motta, cit, pag 16, "Le situazioni delle famiglie con non autosufficienti possono essere molto diverse tra loro e mutare nel tempo. È quindi essenziale che il modo con il quale viene offerta assistenza al domicilio (non sanitaria ma socio sanitaria, di tutela negli atti della vita quotidiana) possa articolarsi in diverse forme, da adattarsi alla specifica situazione familiare. . ."

ovvero residenziali o semi-residenziali, si scontra infatti con il meccanismo delle liste d'attesa per l'accesso in RSA.

Va tuttavia rammentato che il meccanismo coinvolge indifferentemente tutti gli anziani malati cronici in condizioni di non autosufficienza e non soltanto quelli ricoverati in strutture ospedaliere, a motivo di patologie acute.

Esso provoca, sempre e comunque, tempi di risposta non adeguati ai bisogni delle persone anziane malate non autosufficienti comportando non solo un vulnus al diritto alla salute, ma anche un significativo aumento dei costi a causa del maggiore sovraffollamento degli ospedali, in particolare dei dipartimenti di emergenza, determinato da ricoveri evitabili.

Infatti, mentre il costo di una giornata di degenza ospedaliera per acuti in Medicina interna può superare i 500 euro al giorno e quello di una giornata di degenza in Riabilitazione, Il livello, può oscillare tra 200 e 270 euro al giorno, in Lungodegenza la spesa per la sanità è di 154 euro al giorno che si riduce, per una giornata in Residenza sanitaria assistenziale fino a 70 euro al giorno (importo di cui solo il 50% è a carico dell'Asl) e in Assistenza domiciliare a 25 euro giornalieri (anche in questo caso è a carico Asl solo il 50%).

Ciò premesso, lo scrivente Difensore civico ha evidenziato come una riduzione drastica delle inappropriate giornate di degenza in ospedale potrebbe dunque, per un verso concorrere a superare la crisi dei Dipartimenti di emergenza-urgenza e, per altro verso, produrre un sensibile risparmio per l'Amministrazione regionale: per raggiungere questo risultato occorrerebbe però potenziare in maniera rilevante i servizi socio-sanitari territoriali, domiciliari e residenziali.

A testimonianza della progressiva dilatazione dei tempi di risposta della rete di servizi socio-sanitari per i bisogni indifferibili delle persone anziane malate croniche non autosufficienti, il Difensore civico ha sottoposto all'attenzione delle competenti strutture dell'Amministrazione regionale una segnalazione pervenuta all'Ufficio il 6 luglio del 2017, concernente situazione di accertato bisogno, in ossequio a valutazione operata dalla competente UVG nel febbraio 2017, di un progetto di "Residenzialità di alta intensità assistenziale" con "grado di priorità urgente".

Tale caso, peraltro, così come riferito da congiunto dell'interessato, ha trovato soluzione solamente in data 1° ottobre 2017, con accesso dell'interessato alla prevista prestazione residenziale, conseguente ad attivazione di convenzione tra la struttura socio sanitaria e la competente ASL.

Ciò in evidente contrasto con quanto disposto dalla D.G.R. 25 giugno 2013, n.14-5999 con riferimento ai "*Tempi di risposta della rete di servizi Socio-sanitari*", che testualmente prevede: "*i Progetti ai quali è stato riconosciuto un grado di priorità "Urgente" dovranno trovare risposta attuativa entro 90 giorni dalla valutazione*".

Quanto sopra ha condotto ad osservare come non solo i tempi di attesa continuano a dilatarsi ma neppure le urgenze riescono a volte a trovare risposta entro il termine, tutt'altro che congruo, di novanta giorni.

¹¹ M. Motta, cit, pag 17: occorre "... evitare che il sistema della tutela domiciliare predetermini a priori quali devono essere le forme di intervento. Meglio invece che definisca un valore di spesa erogabile (crescente per gravità e bisogni del non autosufficiente) che possa essere

A riguardo della segnalazione sopra citata, lo scrivente ha, quindi, evidenziato quanto esposto dal Direttore generale dell'ASL TO3 nel riscontro pervenuto all'Ufficio alla richiesta di chiarimenti trasmessa da questo Ufficio, volto a delineare le ragioni giustificative del mancato rispetto dei tempi di risposta previsti dalla D.G.R. 25 giugno 2013 in relazione al caso riconosciuto con priorità "urgente".

Nella sua lettera il Direttore generale dell'ASL TO3 ha osservato che *"se i tempi previsti dalla D.G.R. 25 giugno 2013, n.14-5999 non vengono appieno soddisfatti, questi aderiscono comunque ai principi della Sentenza del Consiglio di Stato n.00604/2015 ("le liste d'attesa, così come strutturate, consentono una efficace gestione degli accessi rispetto alle quali non si riscontrano elementi di irragionevolezza e di violazione dei LEA, né rispetto ai casi urgenti né rispetto ai casi differibili") e rispettano gli obiettivi di razionalizzazione della spesa richiamati dal P.O. 2013-2015 e da successivi atti regionali vigenti (cfr.D.G.R. 20 aprile 2015, n.18 – 13269)".*

Argomento che non appare persuasivo: la motivazione della pronuncia del Consiglio di Stato è infatti in larga parte imperniata sul tema dei vincoli di bilancio, determinati dal Piano di rientro del disavanzo della spesa sanitaria, e così pure lo è la D.G.R. 20 aprile 2015, n. 18 – 13269.

La motivazione della sentenza del Consiglio di Stato (peraltro non condivisa da questo Ufficio come già esposto in precedenti atti), deve infatti considerarsi del tutto superata alla luce della circostanza che il Piano di rientro è cessato nello scorso mese di marzo.

Il che ha condotto, nella relazione di che trattasi, ad osservare che, anche a prescindere dalla tematica dell'urgenza esaminata nella corrispondenza con l'ASL TO3, non sussistono più ragioni, in un'ottica di buona amministrazione (in particolare sotto il profilo dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa), per non provvedere al superamento di quei provvedimenti che, in costanza di Piano di rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, avevano prodotto il fenomeno delle liste di attesa, ovvero tempi di risposta della rete di servizi socio-sanitari non adeguati ai bisogni delle persone anziane malate non autosufficienti. Ed ancora che una scelta siffatta, oltre ad apparire rispondente alla primaria esigenza di scongiurare il perpetuarsi di un vulnus del diritto alla salute, consentirebbe di evitare ai bilanci sanitari, complessivamente considerati, spese inappropriate cagionate da altrettanto inappropriati ricoveri in strutture ospedaliere.

3.2.1.2 Attività svolta dall'Ufficio del Difensore civico a seguito di richieste di intervento o segnalazioni pervenute da cittadini, Associazioni e Comitati:

3.2.1.2.1 Interventi svolti dall'Ufficio del Difensore civico in riferimento a lettere di "opposizione alle dimissioni" di pazienti anziani malati cronici in condizioni di "non autosufficienza" da strutture sanitarie o socio-sanitarie.

Come già osservato, in specie, nella sopra esposta relazione, il costante recapito a questo Ufficio (anche se per conoscenza) di lettere di "opposizione alle dimissioni" di pazienti anziani malati cronici in condizioni di "non autosufficienza" da strutture sanitarie o socio-sanitarie, è strettamente connesso alle carenze della presa in carico socio sanitaria di questa tipologia di pazienti.

Ora, a fronte di tali istanze oppostive, già a partire dal precedente anno 2016 ed ancora nel 2017, quale prima modalità di intervento, sono state attivate specifiche interlocuzioni con i firmatari di tali lettere, realizzate anche attraverso richieste di contatto inviate ai loro recapiti, che hanno prodotto anche risultati di "orientamento" dei cittadini tra le procedure necessarie per la "presa in carico" dei pazienti interessati ed hanno consentito all'Ufficio di conoscere, nella concretezza, i nodi critici del sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie rivolte a tale tipologia di pazienti.

In seguito, alla luce degli ulteriori profili, di carattere squisitamente giuridico evidenziati nella relazione del 16 maggio 2017, individuati con riferimento all'effettiva adozione di quei provvedimenti istruttori e deliberativi che dovrebbero conseguire al ricevimento delle "opposizioni" e riguardare il tema, concreto e tangibile, della dimissibilità o meno di ciascun paziente che abbia utilizzato questa tipologia di reclamo, è stata elaborata una specifica tipologia di lettera di intervento.

Tale nota, indirizzata da questo Ufficio, a seguito del ricevimento di lettere di "opposizione alle dimissioni", alla Direzione generale dell'ASL competente in ragione della residenza del paziente anziano non autosufficiente, è pertanto volta in particolare ad acquisire notizia delle determinazioni adottate o adottande in esito a dette istanze oppostive alla luce di quanto previsto dall'art.14, comma 5 del D.Lgs.30 dicembre 1992, n.502.

A ciò aggiungendosi una specifica richiesta di informazioni sullo stato della procedura di valutazione geriatrica eventualmente attivata presso la competente U.V.G. ovvero sui tempi necessari per l'accesso dell'interessato/a ad appropriati interventi residenziali, semi residenziali o domiciliari, al fine di poter verificare nel concreto l'attivazione delle previste procedure di "presa in carico" dei pazienti.

3.2.1.2.2 Attività della Difesa civica in riferimento a problematiche connesse al superamento del valore soglia di durata previsto per il ricovero in Case di cura private convenzionate a fini di riabilitazione, lungodegenza post acuzie ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria, a seguito di “opposizioni alle dimissioni” di pazienti anziani non autosufficienti dalle predette strutture.

Nel corso dell'anno 2017 hanno acquisito una sempre maggiore rilevanza, non solo in ragione del numero ma anche per la loro complessità, segnalazioni da parte di cittadini e Associazioni, concernenti questioni connesse alla prosecuzione, a seguito di “opposizioni alle dimissioni”, di ricoveri di pazienti anziani in condizioni di affermata o accertata “non autosufficienza” presso Case di cura private convenzionate, per periodi eccedenti ai valori soglia di durata previsti per degenze post acuzie a fini di riabilitazione, lungodegenza ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria.

In una prima fase, già documentata da segnalazioni e richieste di intervento pervenute all'Ufficio anche nei precedenti anni, erano emerse situazioni di contenzioso tra congiunti dei pazienti che, affermando l'esigenza di indifferibilità delle cure sanitarie e socio-sanitarie, richiedevano la prosecuzione delle cure “*nel rispetto del diritto esigibile alla continuità terapeutica*” e gestori privati delle Case di cura che, “*essendosi esaurito il periodo di ricovero autorizzato*”, qualificavano il periodo di ricovero susseguente alle programmate dimissioni quale improprio.

Tutto ciò, con l'insorgere di confronti caratterizzati da una sempre maggiore asprezza, con connessi risvolti di possibile valenza giudiziale (anche segnalazioni delle situazioni alla Procura della Repubblica da parte delle Case di cura).

L'anno 2017 ha visto in taluni casi, quale conferma dell'inasprirsi della situazioni, l'emissione da parte dei gestori delle predette Case di cura nei confronti dei pazienti di fatture relative ai periodi eccedenti ai predetti valori soglia di durata, riguardanti la quota alberghiera della retta giornaliera di ricovero ovvero l'intera retta giornaliera. Tutto ciò in conseguenza del titolo dell'originario ricovero (riabilitazione, lungodegenza post acuzie ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria).

Dalla disamina delle vicende sottoposte all'attenzione del Difensore civico è emersa, anche sulla scorta della documentazione prodotta dai reclamanti o acquisita dall'Ufficio, una articolata differenziazione tra i diversi percorsi previsti per le degenze post acuzie rispettivamente a fini di riabilitazione, lungodegenza ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria (CAVS) .

Tali percorsi, applicati alle degenze post acuzie riferite ai pazienti malati cronici anziani non autosufficienti, in gran parte dei casi sottoposti all'attenzione di questo Ufficio da cittadini e Associazioni, non paiono pienamente appropriati ai bisogni di continuità assistenziale propri di tale tipologia di pazienti.

La difficoltà nel coniugare i reali bisogni dell'anziano in condizioni di non “autosufficienza”, in specie connessi alle patologie croniche dalle quali sono affetti più che all'acuzie, con le risposte fornite dal Servizio Sanitario, si rappresenta con particolare evidenza nei casi di che trattasi, ovvero,

come sopra evidenziato, a seguito di “opposizioni alle dimissioni” di pazienti anziani in condizioni di affermata o accertata “non autosufficienza” presso Case di cura private convenzionate, per periodi eccedenti ai valori soglia di durata previsti per le degenze post acuzie previste per i diversi fini di continuità assistenziale.

In connessione alle sopra descritte situazioni, la disamina effettuata da questo Ufficio ha messo in luce una non chiara delimitazione e applicazione della regolamentazione regionale in materia, con particolare riguardo anche alla possibilità o meno di prolungamento delle degenze in questione oltre il valore soglia stabilito, con eventuale abbattimento in percentuale della remunerazione della degenza da parte del Servizio Sanitario, in riferimento alle diverse tipologie di percorsi di continuità post acuzie.

Al riguardo, infatti, a titolo esemplificativo e non esaustivo, si possono citare, tra le altre, specifiche disposizioni susseguitesesi nel tempo in materia di valori soglia di durata previsti per le degenze post acuzie e/o di eventuali abbattimenti della remunerazione della degenza al superamento di tali valori, di cui:

- all’*“Intesa, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, in attuazione dell’articolo 1, comma 173, della legge 30 dicembre 2004, n.311”* adottata il 23 marzo 2005 in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano;
- alla Deliberazione della Giunta Regionale 20 dicembre 2004, n. 72-14420, in materia di *“Percorso di continuità assistenziale per anziani ultra 65enni non autosufficienti o persone i cui bisogni sanitari e assistenziali siano assimilabili ad anziano non autosufficiente”*;
- alla Deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte 23 marzo 2005, n.41-15180, di *“Recepimento accordo tra Regione Piemonte e Associazioni di categoria AIOP e ARIS per il settore sanitario privato, in merito alle modalità per la determinazione del budget delle strutture private provvisoriamente/definitivamente accreditate, nonché in merito alla definizione delle attività di ricovero in RRF 1 livello ed in lungodegenza postacuzie delle strutture private definitivamente accreditate”*;
- alla Deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte 17 marzo 2008, n.33 – 8425, di *“Recepimento degli Accordi tra la Regione Piemonte e le Associazioni di categoria dei soggetti erogatori ambulatoriali privati ANISAP, CONFAPI, GRISP, META per il biennio 2007-2008 e le Associazioni di categoria dei soggetti erogatori ospedalieri privati AIOP e ARIS per il biennio 2007 –2008 e per la revisione della rete delle case di cura private ad indirizzo neuro-psichiatrico”*;
- alla Deliberazione della Giunta Regionale del 2 luglio 2013, n.14-6039, recante *“Determinazione delle tariffe per attività di ricovero erogate dagli istituti pubblici, dai Presidi classificati, dagli IRCCS e dalle case di cura accreditate ai sensi dell’art.15 del D.L. 6.7.2012 n.95 convertito nella Legge 135 del 7.8.2012. Revoca delle DDGR n.34-251 del 19.6.2000 e n.57-644 del 31.7.2000”*;
- alla Determinazione del Direttore regionale Sanità 30 dicembre 2015, n.924 recante *“Modalità operative per l’esercizio dell’attività di continuità assistenziale a valenza sanitaria (CAVS)”*.

Non pare, pertanto, che le problematiche attinenti alla prosecuzione, a seguito di “opposizioni alle dimissioni”, di ricoveri di pazienti anziani “non autosufficienza” presso Case di cura private convenzionate, per periodi eccedenti ai valori soglia di durata previsti per degenze post acuzie, possano essere ridotte a mere questioni privatistiche inerenti le pretese creditorie vantate, per tali casi, dai gestori delle Case di cura.

Per contro è emersa con evidenza la loro sostanziale attinenza al nodo critico delle prestazioni di “continuità assistenziale” fornite dalle strutture sanitarie ai pazienti anziani malati cronici, in ragione della loro condizione specifica di “non autosufficienza”.

Tutto ciò premesso, lo scrivente Difensore civico nei propri interventi ha quindi inteso ricondurre le vicende in questione ad un’ottica, prioritaria per l’Istituto della Difesa civica, di tutela del diritto alla salute del cittadino anziano in condizione di “non autosufficienza”, ricoverato presso Case di cura private convenzionate, a seguito di “opposizione alle dimissioni”, per periodi eccedenti ai valori soglia di durata previsti per degenze post acuzie a fini di riabilitazione, lungodegenza ovvero continuità assistenziale a valenza sanitaria.

Ed in tale ottica ha rivolto i propri interventi nei confronti delle Direzioni generali delle AA.SS.LL. competenti per residenza dei pazienti coinvolti. Al riguardo richiamando quanto già affermato in tema di “opposizione alle dimissioni” nella sopra citata relazione del 16 maggio 2017, in ordine alle attribuzioni ai Direttori generali delle AA.SS.LL. di residenza dei pazienti destinatari di prestazioni di ricovero in strutture ospedaliere o sanitarie extraospedaliere convenzionate con il Servizio Sanitario, di uno specifico dovere di decidere sull’”opposizione” e di assumere conseguenti determinazioni.

Così anche rammentando i compiti attribuiti dalla vigente normativa ad Organi e strutture delle stesse AA.SS.LL. di residenza per quanto concerne la “presa in carico” dell’anziano “non autosufficiente”, mediante attivazione di specifici percorsi di continuità assistenziale, naturalmente modulati secondo l’intensità assistenziale appropriata alla gravità della condizione dell’interessato.

Tutto ciò, al fine di evidenziare, anche per le vicende sopra esposte, la centralità della questione relativa alla realizzazione di sistemi e percorsi di continuità appropriati nell’assistenza prevista a favore degli anziani malati cronici non autosufficienti nella nostra Regione.

La predisposizione della Relazione annuale sulle attività della Difesa civica regionale, pare quindi allo scrivente Difensore civico occasione propizia per rivolgere all’Assessore regionale alla Sanità ed alla Direzione regionale Sanità specifica richiesta di chiarimenti sui nodi critici sopra prospettati, nonché su possibili percorsi risolutivi degli stessi da avviare da parte dell’Amministrazione regionale.

3.2.2 Spunti di riflessione sul sistema di finanziamento della spesa sanitaria, tra tutela del diritto alla salute, garanzia dell'accesso ai LEA ed equilibrio di bilancio.

In un significativo passo del *“Focus tematico - La revisione della spesa pubblica: il caso della sanità”*¹² predisposto dall'Ufficio parlamentare di bilancio già nel 2015, si legge che *“il settore della sanità, che era stato relativamente preservato negli anni passati nell'ambito delle politiche di riequilibrio delle finanze pubbliche, più di recente è stato sottoposto a misure piuttosto decise di contenimento delle risorse.*

Al dubbio se i provvedimenti di correzione della spesa rischiano di mettere a repentaglio la funzione di tutela della salute non è possibile offrire una risposta esaustiva e definitiva.

Attraverso una serie di interventi volti alla riduzione degli sprechi, al miglioramento dell'efficienza organizzativa, alla più netta separazione tra interesse pubblico e interessi privati, all'accrescimento dell'appropriatezza è ancora possibile per le Regioni migliorare il rapporto costo/efficacia dei servizi.

Tuttavia i margini di azione tendono a restringersi.

Emergono alcuni segni di limitazione dell'accesso fisico (razionamento) ed economico (compartecipazioni) e tracce di una tensione nell'organizzazione dei servizi, legata alla limitatezza delle risorse finanziarie e umane, che potrebbero rivelarsi insostenibili se prolungate nel tempo.

Questo avviene mentre i principali paesi sviluppati allocano quantità sempre maggiori di risorse sulla sanità, seguendo una tendenza che riflette l'aumento della domanda di salute legato all'incremento del benessere e all'invecchiamento della popolazione, oltre che la scoperta di nuove tecnologie e le aspettative di sviluppo del settore”.

La riflessione operata nel 2015 dall'Ufficio Parlamentare di Bilancio, contenuta nel predetto Focus, riguardava in particolare la relazione esistente tra risorse, efficienza/efficacia nell'uso delle stesse, qualità e accesso ai servizi.

In tale ambito, si rammentava che ***“con il Patto per la salute 2014-16 il Governo e le Regioni avevano concordato sulla necessità di attuare uno sforzo di riqualificazione e rafforzamento dei Servizi sanitari regionali (SSR), che avrebbe dovuto tradursi, tra le altre cose, nella messa a punto di un sistema di valutazione della qualità delle cure e dell'uniformità dell'assistenza e in una revisione della concezione dei piani di rientro, per assicurare al contempo LEA e la tenuta dei conti finanziari”.*** E così ancora che *“i provvedimenti di spending review”,* così come le *“altre misure adottate autonomamente dalle Regioni al fine di non incorrere in disavanzi”,* dovrebbero mirare, ***attraverso azioni per lo più “non specificate, se non in piccola parte, restando piuttosto affidate alla***

¹² Focus tematico n°9/21 dicembre 2015 dell'Ufficio parlamentare di bilancio (UPB), organismo indipendente costituito nel 2014 con il compito di svolgere analisi e verifiche sulle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica del Governo e di valutare il rispetto delle regole di bilancio nazionali ed europee. L'Upb contribuisce ad assicurare la trasparenza e l'affidabilità dei conti pubblici, al servizio del Parlamento e dei cittadini. L'Upb, è stato costituito secondo quanto previsto dalla Legge 24 dicembre 2012, n. 243 sul principio del pareggio di bilancio e in attuazione delle normative europee sulla nuova governance economica.

competenza e alla responsabilità delle Regioni e dei direttori generali”, al miglioramento del rapporto costo/efficacia.

Miglioramento del rapporto costo/efficacia che *“può discendere tanto da un accrescimento dell’efficienza nella fornitura dei servizi sanitari, quanto da una maggiore appropriatezza delle cure offerte”*.

Segnatamente, quanto alle inefficienze, nel Focus si evidenziavano, a titolo esemplificativo, potenziali nodi critici nella *governance* dei Servizi Sanitari Regionali:

- 1) nell’ *“assenza di un chiaro orizzonte di programmazione, che consenta tra l’altro di dare spazio alla prevenzione e di pianificare gli investimenti nelle tecnologie”*;
- 2) nella *“mancata o ritardata adozione dei modelli organizzativi e delle pratiche migliori, anche importabili da esperienze di altre Regioni”*;
- 3) nella *“tendenza a difendere lo status quo (si pensi al mantenimento di strutture ospedaliere con casistica molto limitata)”*;
- 4) nella *“possibilità di riorganizzazioni inadeguate, in quanto trascurano le innovazioni relative ai processi produttivi/erogativi e/o mancano analisi dei costi e dei benefici”*.

A tutto ciò, tra l’altro, aggiungendo, *“in generale”*, il riferimento a *“mancate attività di controllo e vigilanza, scarsa trasparenza e iniquità nei meccanismi di accesso (ad esempio, ai servizi socio-sanitari integrati) e nella gestione delle liste di attesa..”*.

E così anche, per quanto riguarda il parametro dell’appropriatezza delle prestazioni sanitarie, nel Focus si faceva osservare, sulla scorta di una specifica analisi delle pubblicazioni internazionali in materia, che *“alla base dell’eccesso di trattamenti inappropriati stanno la peculiarità del rapporto medico-paziente e l’induzione della domanda da parte dell’offerta, nonché l’interazione tra questi due fenomeni. Rilevano anche la formazione e l’aggiornamento dei medici, compresa la tendenza recente a trascurare la semeiotica medica¹³ in favore delle metodiche diagnostiche attraverso analisi cliniche sempre più sofisticate”*.

La autorevole e puntuale disamina su nodi critici e prospettive del finanziamento della spesa sanitaria, contenuta nel predetto Focus (a cui si rinvia nella sua interezza), va peraltro considerata alla luce del vigente sistema costituzionale e normativo in materia.

Pur sommariamente, al riguardo, si rinvia alla riforma del Titolo V della Costituzione, che ha riformulato l’articolo 119 della Costituzione, relativo ai principi di finanziamento regionale, prevedendo che le Regioni (così come Comuni, Province e Città metropolitane) abbiano *“autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea”*.

La correlata nuova formulazione dell’articolo 117, comma 2, lettera m) della Costituzione, ha, d’altro canto, posto in capo allo Stato la potestà esclusiva nella *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* e la definizione dei principi fondamentali in materia, da adottarsi con legge nazionale.

¹³ La semeiotica medica studia i segni e i sintomi che permettono di iniziare l’iter che conduce alla formulazione della diagnosi clinica di malattia.

Alle Regioni è, d'altro canto, affidata la potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute.

In tale contesto normativo si pone la questione inerente l'individuazione di criteri di raccordo tra i Livelli Essenziali di Assistenza, determinati dalle norme statali, e la esigenza per le Amministrazioni regionali di garantire la sostenibilità finanziaria del sistema.

Nella specifica materia sanitaria, l'art.1 del D.Lgs. 502/1992 definisce i LEA come l'insieme delle prestazioni che vengono garantite dal Servizio Sanitario, a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, *“nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse”*.

In tal modo, conseguendo logicamente l'esclusione dai LEA delle prestazioni, dei servizi e delle attività che non rispondono a necessità assistenziali, delle prestazioni di efficacia non dimostrabile o che siano utilizzate in modo inappropriato rispetto alle condizioni cliniche dei pazienti e delle prestazioni che, a parità di beneficio per i pazienti, comportino un impiego di risorse superiore alle altre.

In ambito sanitario, come ben noto, i Livelli Essenziali di Assistenza sono stati definiti, in primis, dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre 2001, al quale ha fatto seguito il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 gennaio 2017 recante *“definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502”*.

Il Servizio Sanitario garantisce l'erogazione delle prestazioni sanitarie incluse nei LEA mediante l'attività di soggetti erogatori pubblici (Aziende sanitarie e ospedaliere, Aziende ospedaliere – universitarie, Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico - IRCCS - pubblici), privati equiparati (IRCCS privati, Ospedali classificati e “Presidi”) e privati accreditati, con i quali Regioni e Aziende Sanitarie stipulano accordi, convenzioni o contratti.

In questo breve excursus normativo pare opportuno fare altresì riferimento al contenuto della legge 5 maggio 2009, n.42 *“Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione”*.

Essa ha orientato i finanziamenti del servizio sanitario con riferimento ai costi *standard* e in tal segno è stato emanato il D.Lgs. 6 maggio 2011, n.68 recante *“Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario”*.

Segnatamente, tra i principi e criteri direttivi generali indicati all'art.2 lettera f) della predetta legge 5 maggio 2009, n.42 di delega al Governo, si evidenziano la *“determinazione del costo e del fabbisogno standard quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica”* e la *“definizione degli obiettivi di servizio cui devono tendere le amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni o alle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettere m) e p) della Costituzione”*.

Tali principi e criteri direttivi hanno poi trovato trasposizione nel conseguente D.Lgs. 6 maggio 2011 n.68 che all'art.25 indica quale oggetto del Decreto la disciplina *“a decorrere dall'anno 2013”* della *“determinazione dei costi standard e dei fabbisogni standard per le regioni a statuto ordinario nel settore sanitario, al fine di assicurare un graduale e definitivo superamento dei criteri di riparto adottati ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della citata legge n.662 del 1996”* . Criteri di riparto che prevedevano meccanismi di calcolo legati alla spesa storica e alla popolazione considerata per classi di età.

Conseguentemente evidenziandosi all'art.25 che *“il fabbisogno sanitario standard compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria, costituisce l'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza e di appropriatezza”* e che *“i costi e i fabbisogni sanitari standard costituiscono il riferimento cui rapportare progressivamente nella fase transitoria, e successivamente a regime, il finanziamento integrale della spesa sanitaria, nel rispetto della programmazione nazionale e dei vincoli di finanza pubblica”*.

La sentenza della Corte costituzionale 12 luglio 2017 n.169.

Le sopra esposte premesse, fattuali e normative, consentono una più approfondita comprensione della recente sentenza della Corte costituzionale n.169 del 2017, riguardante i connessi profili della garanzia del diritto alla salute e della spesa costituzionalmente necessaria per sostanziare tale garanzia.

La decisione appare di rilevante importanza perché - essendo stata provocata dalle censure dedotte dalle Regioni ricorrenti (Veneto e Liguria), concernenti il D.L. 19 giugno 2015, n.78, recante *“Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali”* - si sofferma in particolare sulla questione del de-finanziamento del diritto alla salute.

Segnatamente, la Corte nel dichiarare non fondate le censure rivolte da entrambe le Regioni all'art. 9-septies, commi 1 e 2, in riferimento agli art.32 e 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, *“in relazione alla pretesa compressione dei LEA quali prestazioni sanitarie indefettibili”*, ha evidenziato, come segue, principi ed osservazioni, ribadendo quanto già motivato in precedenti sentenze.

Per quanto riguarda il tema della *“riduzione delle risorse degli enti territoriali per il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica”*, il legislatore la può imporre *“purché la riduzione sia ragionevole e tale da non pregiudicare le funzioni assegnate all'ente territoriale, dal momento che “l'eccessiva riduzione delle risorse e l'incertezza sulla loro definitiva entità (...) non consentono una proficua utilizzazione delle stesse in quanto “solo in presenza di un ragionevole progetto di impiego è possibile realizzare una corretta ripartizione delle risorse (...) e garantire il buon andamento dei servizi con esse finanziati.*

I LEA, in quanto appartenenti alla più ampia categoria dei LEP (Livelli Essenziali delle Prestazioni), *“devono essere determinati dal legislatore statale e garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art.117, secondo comma, lettera m), Cost.”.*

Alla luce di quanto disposto dall’art.8, comma1, della Legge n.42 del 2009, *“si evince, tra l’altro, che: a) le spese per i LEA devono essere quantificate attraverso l’associazione tra i costi standard e gli stessi livelli stabiliti dal legislatore statale in modo da determinare, su scala nazionale e regionale, i fabbisogni standard costituzionalmente vincolati ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.; b) tali fabbisogni devono essere individuati dallo Stato attraverso la piena collaborazione con gli enti territoriali; c) l’erogazione delle prestazioni deve essere caratterizzata da efficienza ed appropriatezza su tutto il territorio nazionale”.*

Sulla scorta di tali premesse la Corte ha, quindi, rilevato che *“in ordine alla puntuale attuazione del regime dei costi e dei fabbisogni standard sanitari che avrebbe dovuto assicurare la precisa delimitazione finanziaria dei LEA rispetto alle altre spese sanitarie, si è verificata - dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 68 del 2011 - una lunga fase di transizione, ancora oggi in atto, attraverso l’applicazione, d’intesa con le Regioni, di criteri convenzionali di riparto. Ciò in attesa di acquisire dati analitici idonei a determinare costi e fabbisogni in modo conforme al richiamato art. 8, comma 1, della L. n. 42 del 2009.*

In definitiva, non può sottacersi, nella perdurante inattuazione della L. n. 42 del 2009 già lamentata da questa Corte, l’esistenza di una situazione di difficoltà che non consente tuttora l’integrale applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previste dall’art. 119 Cost”.

E così ancora la Corte ha sottolineato che *“a tale situazione è eziologicamente collegata l’assenza, nella disposizione in esame, di una previsione circa la doverosa separazione del fabbisogno LEA dagli oneri degli altri servizi sanitari. Sotto tale profilo neppure la recente adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, comma 7, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) è di per sé in grado di supplire a detta carenza. La persistenza di tale situazione può causare la violazione degli artt. 32 e 117, secondo comma, lettera m), Cost., nei casi in cui eventuali disposizioni di legge trasferiscano “a cascata”, attraverso i diversi livelli di governo territoriale, gli effetti delle riduzioni finanziarie sulle prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie (in tal senso sentenza n. 275 del 2016)”.*

Ciò premesso, la Corte, pur evidenziando che *“le precedenti considerazioni sono sufficienti ai fini della declaratoria di infondatezza della questione”* (nei termini sottoposti dalle Regioni Veneto e Liguria), significativamente ha affermato che *“sono tuttavia utili alcune riflessioni circa la mancata proiezione precedentemente evidenziata, elemento necessario per dimostrare il pregiudizio causato da norme sproporzionatamente riduttive di risorse destinate all’erogazione di prestazioni sociali di carattere primario. Infatti, la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa, impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l’erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost”.*

Ha rilevato pertanto la Corte che *“se, al fine di assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA, “spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale di talché è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”, non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria”*.

Sotto tale profilo, rammenta la sentenza *“che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività*.

Da ciò consegue che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della L. n. 42 del 2009”.

L'approdo finale è dunque il seguente: *“ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione - secondo canoni di ragionevolezza - dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili, in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto”*.

3.3 Approfondimenti

3.3.1 Il tema del rispetto della dignità della persona

3.3.1.1 *“La dignità negata. La sottaciuta vicenda della contenzione degli anziani non autosufficienti”* (Convegno)

Questo il titolo del convegno organizzato dal Consiglio regionale del Piemonte e dall'Ufficio del Difensore civico che si è svolto lo scorso 28 settembre con finalità di denuncia e di contrasto nei confronti di un fenomeno fortemente lesivo della dignità degli anziani non autosufficienti ricoverati nelle residenze sanitarie.

Segnalo che la video registrazione dell'intera giornata di studio è disponibile sul sito del Difensore civico e, qui di seguito, non essendo possibile provvedere alla trascrizione ed alla pubblicazione di tutti i preziosi contributi forniti dai valorosi relatori, provvedo a formulare una sintesi dei lavori; rammentando anzitutto gli interventi di Mario Laus, Presidente del Consiglio regionale del Piemonte, e di Fabrizio Di Carlo, Presidente del Coordinamento Nazionale dei Difensori civici regionali, che, lungi dal limitarsi ad un saluto rituale, hanno formulato una accurata riflessione introduttiva capace di esplicitare, autorevolmente, le ragioni ispiratrici della giornata di studio.

La contenzione meccanica -tema di cui si è discusso nel convegno- si realizza con l'uso di dispositivi volti a limitare, più o meno intensamente, la libertà di movimento di una persona. Essa è praticata in medicina in diversi ambiti assistenziali: in psichiatria la sensibilità al tema si è sviluppata nel corso di una riflessione pluridecennale che è giunta a condannarne i presupposti deontologici prima ancora di quelli scientifici o giuridici.

Come è noto, fu Franco Basaglia il principale protagonista della rivoluzione culturale che condusse il nostro paese ad abbandonare la logica custodiale sottesa alla pratica manicomiale ed anche l'uso della forza nei confronti dei malati: cardine del suo pensiero fu il principio etico secondo cui compito dello psichiatra è quello di curare anziché di legare.

In un articolo del 1999 che s'intitolava "*Quale pratica per la salute mentale alla fine di un secolo di riforme?*", Franco Rotelli, uno degli eredi spirituali di Basaglia, ebbe a scrivere: *La biologia molecolare e la neurofisiologia potranno avere poteri ancora enormi, le neuroscienze potranno dirci molto sul cervello, molto ci dirà la genetica. C'è però una cosa su cui mai potremo avere risposte da queste scienze: sulla modalità con cui gli uomini decidono di fondare il contratto sociale, sui valori in base ai quali decidono di stabilire le modalità del proprio relazionarsi, in una parola sull'etica. Franco Basaglia ha saputo fare quest'operazione, ha saputo porre la questione al massimo livello, l'ha posta a partire dall'etica, affrontando la malattia e la medicina a partire dai valori. A partire dalla questione di come le istituzioni possano dare un volto concreto a questi valori*

Sulla scorta del grande movimento di pensiero che Basaglia seppe suscitare, si è nel tempo consolidato un consenso unanime della psichiatria sull'idea per cui superare la contenzione sia non solo possibile ma anche doveroso. Per alcuni operatori la contenzione va rifiutata subito, sempre e in ogni caso; altri, pur avendo un atteggiamento meno radicale, convergono comunque sulla necessità di ridurre il ricorso a tale pratica, confinandolo a contingenze particolari, rare ed estreme.

Ciò nonostante, l'utilizzo inappropriato della contenzione in psichiatria non è stato del tutto debellato, visto che la cronaca ci ha narrato, ancora recentemente, delle vicende sciagurate di Franco Mastrogiovanni e Giovanni Casu, conclusesi con la morte di quei pazienti.

Non è però in contesto psichiatrico che si verificano i casi più frequenti ed i maggiori rischi di abusi: occorre infatti non dimenticare e, tantomeno, sottovalutare ciò che accade nei luoghi dell'assistenza agli anziani sofferenti per demenza, all'uso della contenzione al letto o alla sedia a rotelle, come alternativa a forme di vigilanza più onerose, per evitare allontanamenti errabondi o prevenire cadute.

Anche nel documento del Comitato Nazionale di Bioetica pubblicato nell'aprile 2015 e dedicato al fenomeno della contenzione viene preso in considerazione il suo utilizzo nei confronti dei pazienti anziani ricoverati in strutture sanitarie, osservando che per essi il fenomeno è ancora più allarmante perché la sua pratica è sottratta alla discussione, diversamente rispetto a quanto accade invece per i pazienti psichiatrici.

L'autorevole posizione del Comitato Nazionale è stata esposta nel convegno da Stefano Canestrari, docente di diritto penale a Bologna, coestensore del documento prima citato, che ha ricordato come nel caso di paziente sottoposto a contenzione meccanica, il CNB abbia ritenuto che non vi possano essere scusanti per la violazione dell'autonomia della persona in nome del suo "bene", non apparendo appropriato ipotizzare due principi in conflitto, la libertà della persona da un lato e la supposta finalità terapeutica dell'intervento coercitivo dall'altro.

Per questa ragione il CNB ha condannato con nettezza *"l'attuale applicazione estensiva della contenzione"*, osservando che *"la possibilità di usare la contenzione meccanica non è mai stata esclusa in via assoluta. Ma ciò dovrebbe essere interpretato come una cautela rispetto a eventuali situazioni estreme di pericolo che i sanitari non siano in grado di fronteggiare in altro modo. Invece questa uscita di emergenza . . . assolutamente eccezionale che permette ai sanitari di derogare dalla norma di non legare i pazienti contro la loro volontà si è troppo spesso tramutata in una prassi a carattere routinario. La tolleranza concessa in casi estremi per un intervento così lesivo della libertà e dignità della persona è stata erroneamente interpretata come una licenza al suo ordinario utilizzo"*¹⁴.

Una ordinarietà purtroppo confermata dai risultati di un approfondito studio realizzato dal Collegio Infermieri (Ipsvi) di Milano Lodi con la collaborazione dei Collegi di Brescia ed Aosta nel 2011 che ha consentito di constatare come la contenzione fosse stata applicata, nel periodo di rilevazione, addirittura al 68,7% dei residenti nelle rsa ed al 15,8% dei degenti in unità operative ed in ospedale.¹⁵ La prevenzione delle cadute, da sola od associata ad altre motivazioni, era indicata come causa della contenzione nel 70% dei casi in ospedale e nel 74,8% dei casi nelle rsa. Le spondine al letto erano il presidio più utilizzato (rispettivamente il 75,2% e il 60% dei mezzi di contenzione usati in ospedale ed in rsa).

Si legge nell'abstract della ricerca che *"La numerosità del campione e la concordanza con altri studi analoghi fanno presupporre che si tratti di una fotografia realistica: un quadro da cui partire per introdurre percorsi di miglioramento mirati a ridurre la frequenza e la durata dell'uso dei mezzi di contenzione, attraverso l'implementazione di interventi alternativi di efficacia provata per raggiungere gli obiettivi –come la prevenzione delle cadute e la gestione dell'agitazione psicomotoria- per i quali, seppur con molte incertezze, ancor oggi si ricorre alla contenzione"*

Gli interventi di Maila Mislej, Livia Bicego e Melania Salina, dirigenti infermieristiche in servizio nella Regione Friuli, sono stati dedicati all'esame delle ragioni per le quali l'esercizio della contenzione costituisce una pratica grandemente negativa per i pazienti che la subiscono e di come il suo utilizzo

¹⁴ CNB, relazione su: La contenzione: problemi etici, 23 aprile 2015.

affievolisca la sensibilità etica degli operatori nei confronti del fenomeno, per lo più ritenuto inevitabile. Una realtà, hanno ricordato le tre relatrici, di fronte alla quale gli operatori imparano purtroppo, con il tempo, a desensibilizzarsi e, soprattutto, ad evitare di interrogarsi su cosa si possa fare in alternativa.

Per le operatrici friulane il negare il fondamentale diritto alla libertà di movimento alle persone in età avanzata colpite da patologie che comportano disabilità cognitive e comportamentali all'interno delle strutture ove essi vengono istituzionalizzati, oltre ad essere eticamente inaccettabile, rende evidente come le residenze per anziani siano culturalmente più orientate alla custodia che alla cura ed alla promozione dell'autonomia, del benessere e della qualità della vita dei ricoverati.

Le loro relazioni hanno inoltre affrontato il tema di come sia possibile non rassegnarsi alla logica dell'esistente, ricercando con risolutezza ed impegno soluzioni alternative.

La prima condizione per poter fare a meno della contenzione è rappresentata da un'adeguata presenza di operatori di supporto che, adeguatamente formati, presenti in numero sufficiente, supportati dagli appositi presidio ed ausili, possano provvedere adeguatamente all'assistenza dei pazienti. Non vi è bisogno di personale ad alta specializzazione ma occorre però che esso sia coordinato e formato, competente, preparato, motivato e con attitudine alla relazione ed all'assistenza. Che sia in grado, ad esempio, di accogliere il disturbo dell'incessante pulsione a deambulare, noto come fenomeno del vagabondaggio, che provoca spesso ripetuti e frequenti tentativi di fuga

Di non minore importanza sono poi gli interventi organizzativi che riguardano ambienti e strumenti della riabilitazione: sedie e poltrone che eviterebbero l'uso di cinghie già esistono in commercio e potrebbero entrare, senza eccessive difficoltà, nel novero degli ausili indispensabili alla cura degli anziani in rsa. Così pure sono disponibili in commercio letti abbassabili fino al livello del pavimento che, unitamente a tappeti morbidi da porre a terra accanto al letto, consentono di fare a meno delle c.d. spondine.

È poi seguita la relazione di Chiara Maina, magistrato in servizio presso la Procura della Repubblica di Torino, che ha affrontato, con notevole approfondimento, le complesse problematiche giuridiche riguardanti l'inquadramento penalistico della contenzione meccanica ed anche la disciplina delle scriminanti eventualmente applicabili, particolarmente apprezzata dal pubblico presente in aula per la chiarezza espositiva che ne ha connotato l'esposizione.

Altrettanto interessante è stata la relazione del professor Davide Petrini, dedicata al tema della enfaticizzazione della posizione dei sanitari: un'evoluzione della giurisprudenza di legittimità che può purtroppo contribuire a corroborare i presupposti culturali su cui si fonda un utilizzo "autodifensivo" della legatura dei pazienti da parte degli operatori.

Sui temi più strettamente penalistici, toccati da questi ultimi interventi, rassegnò ancora alcune considerazioni che, non mi è stato possibile, per ragioni di spazio, esporre compiutamente nell'intervento conclusivo del convegno.

¹⁵ La ricerca è stata condotta su di un campione costituito da 39 presidi ospedalieri (per un totale di 2208 pazienti ricoverati in unità di chirurgia, geriatria, medicina, ortopedia e terapia intensiva) e 70 Rsa (6690 ospiti in nuclei ordinari e alzheimer).

Anzi tutto una premessa: la questione della contenzione chiama in causa in primo luogo, muovendo da considerazioni di natura costituzionale, il tema del rispetto della dignità della persona.

Sotto questo profilo occorre sottolineare come le garanzie che circondano i malati, quando viene loro imposto un trattamento sanitario¹⁶, non siano solo quelle formali, rilevanti sul versante della legalità e del controllo giudiziario¹⁷, ma ad esse debba sempre accompagnarsi la consapevolezza della non comprimibilità, per alcun motivo, del diritto al rispetto della persona quando siano in gioco interventi coercibili e la stessa applicazione della coazione. A stabilirlo è anzitutto il secondo comma dell'articolo 32 secondo cui *“la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. L'espressione realizza¹⁸, *“una delle dichiarazioni più forti della nostra costituzione, pone al legislatore un limite invalicabile, più incisivo ancora di quello previsto dall'articolo 13 per la libertà personale. . Nell'articolo 32 si va oltre. Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana, siamo di fronte all'indecidibile. Nessuna volontà esterna (...). può prendere il posto di quella dell'interessato”*

A vietare l'utilizzo della contenzione è però anche l'articolo 13 della costituzione che, nell'enunciare il divieto assoluto alla pratica di qualsivoglia violenza fisica o morale sulle persone ristrette, risulta, evidentemente applicabile anche nei confronti dei soggetti ricoverati nelle strutture sanitarie e socio sanitarie.

Le condotte contenitive, anche se rivolte alla protezione dei pazienti, cagionano infatti un'evidente menomazione e mortificazione della dignità della persona, così concretando la violazione del principio dell'habeas corpus oggetto della tutela costituzionale .

Questa dunque la cornice nel cui ambito deve collocarsi l'interpretazione del giurista che voglia correttamente verificare da un lato l'astratta configurabilità di fattispecie di reato e, dall'altro, l'eventuale ravvisabilità dei presupposti per il riconoscimento della scriminante dello stato di necessità.

E' la costituzione infatti, prima ancora che il codice penale, ad ammonirci sull'erroneità del convincimento di quei non pochi operatori della sanità che praticano la contenzione ritenendo che essa sia consentita quando realizzata in funzione di un obiettivo di tutela del paziente.

Al contrario, va rammentato che anche l'esercizio dell'attività sanitaria, pur finalizzata alla tutela di un bene costituzionalmente garantito quale è la salute, non implica automaticamente un potere illimitato e discrezionale di intervento sul paziente: occorre infatti che questi abbia espresso un consenso libero ed informato, in difetto del quale l'attività terapeutica che contempli esercizio di forza fisica può integrare il reato di violenza privata e le limitazioni alla libertà personale, accessorie all'attività diagnostica o terapeutica, che non siano state autorizzate quello di sequestro di persona¹⁹.

Cosa accade quando il paziente si rifiuta di essere sottoposto a pratiche contenitive o, come accade frequentemente agli anziani afflitti da demenza, non è più in grado di esercitare il proprio diritto di scelta?

¹⁶ Ciò a maggior ragione, visto che la contenzione non è scientificamente sussumibile nel novero delle pratiche sanitarie

¹⁷ Michele Massa: *La contenzione. Profili costituzionali*, in A. A. V. V., Il nodo della contenzione, Merano 2015, pag. 101

¹⁸ Stefano Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Bari 2013, pag 256

¹⁹ G. Dodaro: *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in A. A. V. V., Il nodo della contenzione, citato, pag 51

Come già si è osservato sopra, la questione è stata oggetto di discussione soprattutto in psichiatria, nei casi in cui si manifesti una condotta violenta, espressiva di aggressività, da parte del paziente, condotta che sia potenzialmente in grado di mettere in pericolo se stesso o l'incolumità degli operatori.

Secondo alcuni, in questi casi il personale sanitario sarebbe autorizzato a contenere il paziente psichiatrico in ossequio ai doveri di protezione e controllo imposti dalla posizione di garanzia²⁰: la tesi viene però criticata dalla dottrina più attenta al tema dei diritti fondamentali, richiamando la cornice costituzionale²¹ che si è sopra esposta.

L'opinione secondo cui il potere di legare rientrerebbe tra i poteri tipici del personale sanitario, conseguendo ad una valutazione di carattere sanitario operata dal medico, è inoltre messa in crisi, sul piano scientifico, dalla dimostrazione che della contenzione è possibile ed è doveroso fare a meno, come dimostra l'esempio dei servizi di salute mentale che, proprio per ragioni terapeutiche, la bandiscono.

Il che non vuol dire che l'utilizzo della forza nei confronti del paziente psichiatrico sia da considerarsi, sempre e comunque, illecito: l'ipotesi dello stato di necessità disciplinata dall'articolo 54 del codice penale sottrae infatti le pratiche contenitive alle stimate dell'illiceità penale a condizione che nella condotta del paziente sia riscontrabile un pericolo attuale, dunque immediatamente riconoscibile, che vi sia proporzione tra l'offesa recata ai diritti del paziente e quella che costui potrebbe realizzare ed infine che il loro utilizzo sia del tutto eccezionale e conseguente all'assenza di alternative.

La contenzione del paziente può, ad esempio, considerarsi necessitata in psichiatria se costituisce, nella immediatezza della situazione concreta, l'unico mezzo per salvaguardare l'interesse in pericolo: il che si verifica quando essa rappresenti il punto di arrivo di un percorso che abbia praticato interventi di carattere ambientale, relazionale e farmacologico, tutti messi in atto senza successo.

Considerazioni analoghe ma non del tutto sovrapponibili si possono formulare con riferimento alla ipotesi di utilizzo di presidi precauzionali (legacci, fasce, tavolini servitori che comportano la soppressione della libertà di movimento del soggetto che si ha in cura) normalmente utilizzati nei confronti di anziani non autosufficienti, in particolare quelli afflitti da deficit cognitivo, per scongiurare pericoli di caduta. L'utilizzo di quei presidi introduce, nell'ordinarietà quotidiana, limitazioni stabili alle residue capacità del paziente di determinarsi liberamente che gli impediscono di compiere gli ordinari gesti della vita quotidiana (come scendere dal letto od andare in bagno). Peraltro, se ci si immedesima nel paziente contenuto, non si potrà fare a meno di presumere un suo diniego al consenso, apparendo evidente che chiunque rifiuterebbe di rinunciare alla propria libertà di movimento.

Se dunque una massima di esperienza ci suggerisce di presumere il dissenso del paziente, a quali condizioni è possibile invocare la scriminante dello stato di necessità nel caso di persone afflitte da demenza?

Come si è già visto, ai fini del riconoscimento dell'articolo 54 del codice penale occorre che il mezzo di contenzione sia l'unico strumento atto a scongiurare "*il pericolo di un danno grave alla persona*", che il

²⁰ Sentenza Gup Tribunale di Cagliari, 17 luglio 2012

²¹ G. Dodaro, citato, pagina 63

pericolo sia *attuale* e non volontariamente causato e che la restrizione sia proporzionata al pericolo che si intende scongiurare.

“Se ne ricava che il punto di equilibrio tra contenimento e pericolo si dovrà trovare al minor livello possibile di restrizione e contenimento della libertà personale: in altri termini, ogni volta si dovrà preferire la manovra o lo strumento meno restrittivo possibile in relazione al pericolo da fronteggiare”²²

Ed è proprio la presenza di alternative alle condotte contenitive, testimoniate dall'esistenza di buone pratiche, che maggiormente mette in crisi la configurabilità della scriminante sotto il profilo del criterio di stretta necessità.

Sul punto vanno segnalate le Raccomandazioni per la prevenzione e la gestione della caduta del paziente nelle strutture sanitarie adottate dal Ministero della Salute nel 2011 che indicano come la contenzione possa essere praticata senza consenso del paziente solo limitatamente ai casi strettamente necessari e che i presidi contenitivi non possono mai essere utilizzati come alternativa all'osservazione diretta ed alla presenza di personale preparato, numericamente adeguato alle esigenze assistenziali. Ciò anche perché, rammenta il documento, in letteratura non vi è alcuna evidenza scientifica che l'uso della contenzione fisica o farmacologia protegga i pazienti dalle cadute.

Il paradigma securitario (lego per salvaguardare il paziente) deve inoltre fare i conti con le possibili alternative, quando queste siano concretamente realizzabili, anche nell'ipotesi in cui comportino un costo maggiore: troppe volte, infatti, la gestione dei pazienti prescinde dalla loro specifica condizione clinica ed è invece influenzata dalle caratteristiche strutturali ed organizzative del servizio che viene reso.

Poiché l'esperienza delle case di riposo triestine, in cui è stata abolita la contenzione, testimonia che è possibile assistere gli anziani affetti da demenza facendo a meno dei presidi contenitivi, ben difficilmente potrà essere dunque giustificato, sotto il profilo della stretta necessità, il loro utilizzo conseguente a carenze organizzative e di personale: il non aver fronteggiato quelle carenze si traduce infatti nell'accettazione del rischio dell' essere costretti a contenere, condotta questa equivalente, secondo diritto, a quella della volontaria causazione.

In sostanza: pare a chi scrive che ben difficilmente possa configurarsi la scriminante allorché la contenzione dell'anziano non autosufficiente abbia caratteri di permanenza, determinando immobilizzazioni del paziente per svariate ore consecutive.

Da ultimo va rammentato che la non illiceità delle contenzioni attuate in stato di necessità va individuata nella concretezza di ogni singola situazione e, per tale ragione, esse non sono suscettibili di essere iscritte in “protocolli” né tanto meno di essere prescritte con ricetta medica.

Relazioni di assoluto interesse sono state poi svolte dal Capitano dei Nas, Antonello Formichella, che ha riferito sull'attività di vigilanza svolta dai Carabinieri del Nucleo nella nostra regione, riportando le cifre degli illeciti riscontrati e segnalati alla magistratura.

²² G. Dodaro, citato, pagina 64

E dall'avvocato Alessandro Mattioda che ha narrato del processo in cui sono stati giudicati fatti-reato (maltrattamenti e sequestro di persona) di assoluta gravità, verificatisi nel 2015 nella struttura convenzionata "La Consolata" di Borgo d'Ale. Un giudizio in cui l'avvocato Mattioda ha patrocinato gli interessi della Regione Piemonte, costituendosi parte civile per ottenere il risarcimento dei danni, nel cui corso ha potuto verificare come l'utilizzo della contenzione possa essere il primo passo nella realizzazione di ancor più gravi condotte di sistematici maltrattamenti ai danni dei pazienti.

L'avvocato Giovanna Scollo, Dirigente dell'avvocatura regionale del Piemonte, ha infine riferito della proficua collaborazione instaurata tra il suo Ufficio e quello del Difensore civico che ha consentito di dare attuazione, per la prima volta, alla norma che facoltizza il Difensore civico alla costituzione di parte civile nei procedimenti in cui siano persone offese soggetti disabili.

Ricca di spunti per un approfondimento dei temi trattati nel convegno è stata poi la tavola rotonda svoltasi nella seduta pomeridiana in cui Guido Regis, Barbara Rosina, Maria Adele Schirru, in rappresentanza di medici, assistenti sociali ed infermieri, hanno riferito delle posizioni dei relativi ordini sul tema dell'utilizzo della contenzione; voci autorevoli cui si sono aggiunte quelle di Marco Peretti, Maria Grazia Breda, Pietro Landra e Luigi Maria Pernigotti, altrettanto qualificate, intervenuti in rappresentanza di importanti realtà associative operanti nel nostro territorio.

Di seguito si pubblicano le trascrizioni delle relazioni di Maila Mislej, Livia Bicego e Davide Petrini

Maila MISLEJ, Direttrice infermieristica dell'Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste

"La contenzione, segno antico dell'onnipotenza dell'uomo sull'uomo: l'esperienza triestina di decontenzione"

La nostra storia inerente l'eliminazione dei mezzi di contenzione parte da lontano. Le radici sono quelle di Franco Basaglia, quelle della sua rivoluzione nel campo della salute mentale. Parte da lì la nostra convinzione che si debba eliminare ovunque la contenzione. Oggi interessa maggiormente l'anziano, il soggetto debole, chi ha difficoltà cognitive anche se giovane, interessa il mondo della fragilità e non più soltanto il mondo della salute mentale.

Trieste nel 2013 si è dichiarata in maniera solenne "Città libera da contenzione" e questa la libertà riguarda tutte le aree assistenziali della Città.

Una geriatra brasiliana, Arianna Kassiadou (insegnante all'Università di Niterói e anche all'Università Fluminense, con la quale ci siamo convenzionati) - viene in visita ai nostri servizi con grande frequenza; ad un nostro convegno ha asserito che: "si, ci sono ospedali o case di riposo dove non si pratica la contenzione, *ma a Trieste in nessun luogo di assistenza si pratica la contenzione e questo è un merito eccezionale.*" Un grande politologo, Giovanni Sartori, sosteneva che "*l'utopia è una verità prematura*"; o perlomeno che molto spesso lo è.

A Trieste abbiamo dimostrato che la nostra utopia era una verità appunto prematura, ma possibile ed ora reale. La linfa della democrazia è proprio la capacità di pensare in maniera utopica, in fondo le carte costituzionali sono straordinarie utopie che aspettano di essere inverate.

Sempre Sartori sosteneva che abbiamo impiegato 2.500 anni ad avere la Costituzione, la riteneva una macchina perfetta che ha bisogno di poche manutenzione, ma era molto preoccupato dei macchinisti che siamo tutti noi. E Bobbio sosteneva che sino a quando il personale della Pubblica Amministrazione non farà propri (intendendo culturalmente) i diritti della Costituzione la nostra non sarà una democrazia compiuta.

Nel nostro caso, l'art. 13 della Costituzione afferma che la libertà del nostro corpo è assolutamente inviolabile, ma inverare questo diritto/utopia sacrosanta non è facile.

Dopo la riforma psichiatrica triestina, che ha visto la chiusura dell'alienante manicomio e l'apertura (h 24) dei centri di salute mentale presenti in ogni quartiere scoprimmo nel 2005 che le pratiche di contenzione si erano trasferite dalla psichiatria alle case di riposo.

Quell'estate le visitai tutte (sono una ottantina e i grandi anziani tutt'oggi presenti sono circa 3.000. Trieste vanta il privilegio di fare invecchiare a lungo la propria popolazione. Un team di studiosi dell'Istituto Mario Negri e della nostra Università sta studiando da alcuni anni i nostri over centenari (ne contiamo circa 200 ogni anno). Chi abita queste strutture sono prevalentemente over ottantacinquenni e ultracentenari. È chiaro dunque che Trieste, essendo la città più "vecchia" al mondo, anticipa di tanto problematiche che poi riguarderanno altre città e altri Paesi.

Ma torniamo a quell'estate. Visitai tutte le strutture e ogni giorno tornavo dal Direttore (Franco Rotelli) dicendogli che la contenzione degli anziani aveva di fatto sostituito quella, lodevolmente superata, dei malati psichiatrici. L'abitudine di utilizzare la contenzione in queste strutture era molto rilevante. Si fece anche un'indagine a mezzo questionario e si scoprì che, con grande tranquillità e in perfetta buona fede, veniva detto che sì, si legavano gli anziani agitati per tutta una serie di situazioni e di condizioni.

E' vero quanto diceva Sartori, ed è anche vero che siamo cloni culturali; e prima di riuscire per davvero a concretizzare i diritti costituzionali occorrono processi lentissimi. In questo caso, si ha necessità di innovare le culture assistenziali: sia sul fronte del nursing sia su quello della riabilitazione, c'è l'esigenza di innovare la modalità di fare assistenza nel nostro Paese.

Il nursing italiano è un nursing sostitutivo – abbiamo delle professionalità straordinarie nelle aree critiche, siamo soggetti di grandissima competenza in varie aree assistenziali del Paese – ma, di fronte alla degenza ordinaria, tutte le volte che sostituiamo una funzione, anziché stimolarla, siamo disabilitanti. Noi tendiamo a sostituirci alle funzioni corporee e anche psichiche delle persone che abbiamo in cura e assistenza. La cronicità è un evento recente che ha rubato la scena all'acuzie, la sanità agisce soprattutto sulla cronicità e sulla disabilità. In sostanza, dobbiamo modificare il nostro modo di prendere in cura le persone, dobbiamo essere proattivi e abilitanti.

La contenzione, con le sue cattive pratiche, è la punta dell'iceberg del nursing disabilitante. Al di là del divieto rappresentato dall'art. 13 della Costituzione, c'è evidenza scientifica internazionale ad

attestare che la contenzione fa male. Ormai gli infermieri di questo Paese sono laureati, è ciò interessa più di un ventennio ormai, all'università viene raccomandato di basarsi sempre sull'evidenza scientifica, ebbene le banche dati più prestigiose enfatizzano la dannosità dei mezzi di contenzione. Il motivo è anche ovvio: il nostro corpo è nato per muoversi. I chirurghi l'hanno capito subito, tanto da forzare gli ammalati ad alzarsi, se possibile anche il giorno stesso dell'intervento. Siamo animali culturali, ma anche biologici e quindi abbiamo bisogno di muoverci per mantenere il buon funzionamento dei nostri sistemi.

A Trieste, non casualmente, abbiamo eliminato la contenzione anche nell'area critica. Ho iniziato ad occuparmi dell'ospedale diciotto mesi fa e da subito fui colpita da un evento. Uscendo dall'ascensore dell'ospedale incontrai il marito di una mia collega, mi disse che il figlio aveva rischiato la vita ed era ricoverato nel reparto di medicina d'urgenza., ho trovato la mia collega seduta fuori dal reparto in attesa dell'orario di visita. Nel vederla pensai: ma se noi siamo genitori e là dentro c'è nostro figlio – o se siamo figli e là dentro c'è il nostro genitore – ci fa bene stare fuori ad aspettare? Direi di no.

Dissi alla collega di non aspettare l'inizio dell'orario di visita, ma di entrare a vedere il figlio. Siamo noi, prima di tutto, strumenti di cura dei nostri cari e l'affettività è il primo vero medicinale che serve loro. Entrando, abbiamo trovato quel ragazzo legato perché era confuso e tentava di togliersi i *device*, che per lui costituivano un salvavita, ma che senso aveva legarlo, quando fuori dal reparto in attesa di entrare c'era la madre che avrebbe potuto distoglierlo da ciò con una carezza, con un bacio? In seguito a questa valutazione quel reparto (così come il resto dei reparti dell'ospedale) ha eliminato l'orario visita.

Aggiungo un'altra considerazione. Posto che nelle altre degenze non si lega più nessuno, (si abbassa il letto, se necessario si mette anche un materasso a terra a lato del letto, e non si mettono le due bandine "tradizionali" perché l'evidenza scientifica dice che sono pericolose, quelle a sbarre per intenderci), come ci si comporta con i malati confusi che vogliono togliersi i *device*? Ho chiesto ai volontari di sette Associazioni presenti in ospedale, di darmi una mano per evitare che sempre in ogni caso il malato non sia legato.

Ho presentato l'idea del progetto in Aula Magna "Montalcini" (grande nome, grande donna) ed ho avuto subito l'adesione di 45 volontari che, da maggio 2017, fanno i turni nei reparti di area critica e non solo, tutte le volte che un malato è confuso e ha dei *device*, con i *care giver* assicurano la presenza h 24.

Occorre fantasia, e cercare di non essere abitudinari. È pur vero, però, che chi entra da giovane all'interno dei Servizi e vuole portare innovazione trova grande difficoltà. Abbiamo scarsa capacità di reggere il mutamento e quindi il mio invito è di essere innovativi e creativi. Questo è possibile, e lo è anche nelle situazioni più difficili.

Con riferimento a quei 45 volontari, vi racconto un episodio molto carino. Nel reparto di malattie infettive, un omaccione era agitatissimo e c'era solo la moglie che non riusciva a garantire la sua presenza 24 ore su 24. La prima volontaria che è andata a stargli vicino ha iniziato a parlargli in sloveno e il solo fatto di sentire la sua lingua madre lo calmava, così si è cercato, da quel episodio in poi, di mettere vicino al malato di lingua slovena, se possibile un volontario della stessa lingua.

Noi italiani abbiamo una grande capacità di venire in soccorso dell'altro, così come vuole la Costituzione. In fondo, la Repubblica è soprattutto un sistema di meta-valori altissimi, che ricomprendono tutti i credi e che si basano sul grande concetto della solidarietà fattasi sistema.

Per comprendere come, nella convinzione di far del bene, senza rendercene conto e spendendo moltissimo, di fatto facciamo il male della persona. Vi propongo un filmato de Le Iene, riguarda una signora anziana Nelly che vive da sola, l'aiuta un vicino di casa Romolo.

La storia è questa. Nelly si sente male, ha un infarto e Romolo chiama il Sistema 118. Il vicino filma con il cellulare vari momenti della malattia, delle convalescenze e delle tappe istituzionalizzanti di Nelly.

Si salva, è ricoverata e contenuta con una cinghia addominale. Il fatto di rimanere per molto tempo immobilizzata le fa perdere funzioni, in primis quelle della deambulazione. E' poi ricoverata in una casa di riposo dove lei non vuole stare, vuole tornare a casa, si agita proprio perché lì non ci vuole restare. Le viene diagnosticata una demenza e somministrata una dose elevata di serenase, cosicché dalla contenzione meccanica si passa anche a quella farmacologica. Poiché la figlia non si occupa di lei e il vicino di casa nessuno lo ascolta perché non ha titolo ad intervenire, le viene assegnato un amministratore di sostegno che si muove solo quando Le Iene iniziano a documentare la storia grazie alle reiterate richieste di Romolo. Dopo un tempo interminabile per Nelly (molti mesi quasi un anno), finalmente grazie a Le Iene e al vicino di casa Nelly ritorna a casa propria e nell'arco di poco tempo rinasce, recupera tutte le sue funzioni e riprende la sua vita normale. La diagnosi ovviamente si è dimostrata errata e le capacità di Nelly di recuperare tutte le funzioni dopo l'evento traumatico dell'infarto erano eccellenti, ma tenute *in potenza e non in essere* da noi operatori, nel tempo sarebbero andate davvero perdute.

La storia di Nelly mostra che i soli a rispettare le sue volontà e a essere abilitanti con lei sono la giornalista e il vicino di casa. Tutti gli altri no, nonostante un dispendio enorme di danaro pubblico e di tempo.

Il filmato è a lieto fine, e vi racconto come è successo che io lo abbia visto posto che la TV non la guardo mai.

A proposito di sincronicità degli eventi direbbe G. Jung. Mi trovo a giocare a carte a casa di un'amica che stranamente, anziché accendere la radio, accende la TV: in quel momento parte questo filmato, che è di 12 minuti. Io mi fermo, ascolto, chiamo al telefono la mia collega Livia Bicego (con la quale condivido da molti anni questa battaglia) le dico: "*Livia, accendi la TV! Accendi la TV, perché si parla dei temi sui quali stiamo lavorando.*"

E guarda caso la storia di Nelly si svolge tutta nella mia regione vicino a Pordenone. Questo filmato, poi, è stato visto da tanti di noi e dall'Assessora competente in materia che ha attivato un tavolo di lavoro regionale che ha prodotto le "Linee Guida per il superamento della contenzione" deliberate dalla Giunta Regionale.

Prima della proiezione del filmato in TV il tema della contenzione trattato da noi triestini era guardato un po' stranamente dal resto dei colleghi e concittadini della regione (come a dire: i soliti

basagliani...), subito dopo la invece il tema ha preso vigore in tutta la regione e la politica si è mostra grande.

Il Friuli Venezia Giulia è perciò la prima Regione ad aver deliberato in tal senso. Questi sono processi culturali che investono anche la magistratura ed è importante discutere coi magistrati delle nostre città. Noi abbiamo iniziato il nostro lavoro con due magistrati triestini Federico Frezza e Francesco Antoni e poi anche con Francesco Maisto di Milano. La magistratura, infatti, può veramente aiutarci a non restare sulla difensiva e a inverare i diritti, ma può anche - in perfetta buona fede - non aiutarci e, semmai, farci perdere questa necessità di democraticizzazione dei processi assistenziali.

Per noi triestini è ormai una tradizione lavorare con l'Editore Maggioli, che propone a Bologna il suo Forum annuale. Il tema di uno dei seminari di quest'anno è: *"Quanto siamo 'complianti' con il cittadino?"* In sanità va di moda questo termine: quando si dispongono una serie di comportamenti al malato o si prescrive di assumere la terapia in un determinato modo, e lui non segue la cura, si dice che "non è complianti".

Credo al contrario che noi, prima di chiederci quanto il cittadino è complianti con noi e la cura, dobbiamo chiederci quanto noi lo siamo con lui con i suoi diritti e desideri.

Il filmato ci mostra la grande difficoltà che tutti noi operatori (medici, infermieri, fisioterapisti, assistenti sociali...) abbiamo avuto ad operare, senza però aver avuto la capacità di rispettare il desiderio di Nelly di essere libera di restare a casa sua; e: si pensi al danno che abbiamo procurato a questa donna, con una diagnosi errata di demenza.

Questo caso è la dimostrazione di come l'assistenza sia sostitutiva e disabilitante ed è emblematico anche per un altro motivo. Se si opera il conto economico di quanto è costata quella soluzione, si riscontra che è costata tantissimo, per avere un pessimo risultato: spendiamo moltissimo, una marea di denaro, per non accontentare i desideri di libertà dei nostri cittadini. Naturalmente ci sono dei risvolti, non solo etici, che ritengo più importanti di quelli economici. Ma se vogliamo essere davvero puntigliosi e ricorrere a termini quali il "management", il "budget" o altri simili, si sappia che la soluzione proposta nel video è costata davvero tanto per ottenere risultati pessimi.

Grazie.

BICEGO Livia, già Dirigente infermieristica AAS 5 Pordenone, ASUI Trieste ed attualmente in I.R.C.C.S. Burlo Garofolo

"La pratica della contenzione non è atto sanitario: si deve e si può eliminarla"

È bene dire già in premessa che noi, invitate a questo importante e significativo Convegno, siamo solo una piccola rappresentanza di un gruppo ben più numeroso che ha permesso la realizzazione di determinanti obiettivi.

Sento quindi il dovere e l'orgoglio di farmi portavoce di un'intera équipe di lavoro multiprofessionale e multidisciplinare che opera su questi temi dal 2005, quando, a partire da un

approccio prioritariamente infermieristico, i diversi interventi hanno via via coinvolto tutte le dimensioni interessate.

La questione così come noi la proponiamo, infatti, non può che essere affrontata se non in maniera globale e sistemica, multidimensionale. Tocca tantissimi aspetti, tutti concatenati tra di loro, dove i confini, pur essendoci, sono molto sfumati ed osmotici.

Un'altra premessa fondamentale che occorre dire fin da subito, è la seguente: quando ci si trova di fronte a crimini, devono intervenire le Procure. Quello che dobbiamo fare è denunciare. Non vi è alcun dubbio in proposito. Oggi noi ci occupiamo di altro, non meno significativo, purtroppo. Ci stiamo occupando di consuetudini, automatismi, cattive pratiche date per scontate e per inevitabili. Stiamo proponendo riflessioni e fatti che, a partire da errati approcci culturali e cattive pratiche consolidate, si è rinunciato a proporre come alternative possibili, soluzioni clinico-assistenziali efficaci, appropriate ed adeguate, pur esistenti e percorribili, nonché doverose, ma che ci siamo dimenticati di praticare in Italia, ma anche altrove. Si è lasciato così lo spazio ad abitudini, consuetudini ed automatismi tanto da pensare e dire "si è sempre fatto così", "non è possibile fare altrimenti". A sostegno di questo approccio, si è rinunciato a porsi domande basilari. Dalle domande fondamentali è quindi necessario ripartire. Così ha fatto il gruppo di lavoro che rappresentiamo.

Un gruppo di lavoro che da unicellulare è diventato via via sistemico. La colla, il sostegno, la trama che regge il tutto l'indiscutibile, in ognuna delle componenti e dimensioni coinvolte, correttezza del paradigma proposto, sia intermini teorici che pratici.

Le conclusioni condivise alle quali siamo giunti, sono molteplici. Anticipandone una delle tante possiamo dire che, pur nella semplicità di un approccio che parte dalla rivisitazione dei cosiddetti "fondamentali" acquisiti nelle diverse formazioni di base, alla luce della diffusione del fenomeno, quanto proponiamo rappresenta una vera e propria rivoluzione culturale e professionale che coinvolge aspetti politici, amministrativi, giuridici, tecnico-professionali, individuali, familiari e comunitari.

Prevede un cambio di paradigma anche da parte dei diretti singoli interessati, dei familiari e delle comunità che devono imparare a porre e le domande giuste e a pretendere risposte adeguate ed appropriate.

Allo stesso modo, deve cambiare anche l'approccio dell'offerta: non si possono proporre cose che non si è in grado di mantenere quali il controllo pieno e incondizionato, la sicurezza assoluta.

Dobbiamo rovesciare il paradigma: non rispondere ad una richiesta di custodia e controllo, a una richiesta di contenitori troppo spesso privi di contenuti e competenze, "parcheggi" destinati alla compensazione di vuoti di politiche sociosanitarie ed organizzative rispondenti più ad "interessi di bottega" che a bisogni di cura. Dobbiamo partire, o cominciare, da una logica di cura, da un paradigma che si chieda quali sono i "veri" bisogni di cura del soggetto.

Un altro aspetto molto importante è riconoscere parità di diritto a tutti i sintomi e a tutte le diverse manifestazioni cliniche, parimenti uguali e dignitose. Va riconosciuto il diritto alla risposta appropriata ai diversi sintomi, alla specifica condizione clinico-assistenziale, al riconoscimento della dignità di quella

precisa e specifica condizione. Troppo spesso la confusione, la demenza, il sintomo wondering vengono trattati con approcci clinico-assistenziali inappropriati.

A proposito del diritto al riconoscimento del sintomo, vi è proprio il tema del *wandering*: uno dei problemi più impegnativi che si affrontano con gli anziani quando sviluppano un problema di demenza. Wandering è un bisogno incontenibile, un'esigenza assolutamente non controllabile, di muoversi. La risposta delle strutture, spesso, di fronte a questa espressione sintomatologica della malattia, è il blocco delle persone ad una sedia. Le Carte dei servizi e vari documenti parlano di diritto alla rilevazione del bisogno e alla valutazione personalizzata dello stesso... non si tratta dunque solo di dignità e libertà, ma è anche una questione di appropriatezza e adeguatezza, di necessità di dare risposte efficaci ed eque, di diritto all'espressione del sintomo e ad una sua cura appropriata.

Ancora alcune precisazioni da condividere. Quando si parla di contenzione il riferimento immediato è alla contenzione "fisica" ossia l'impedimento della possibilità di movimento libero e spontaneo del soggetto attuato attraverso mezzi meccanici. Ma esistono anche la contenzione farmacologica e la contenzione ambientale. La contenzione meccanica è molto diffusa: non è vero che si tratta di un fatto eccezionale. È diffusa la contenzione farmacologica, ambientale e lo è anche quella relazionale: quando si impongono orari di visita o di accesso limitati, in realtà si attua una contenzione relazionale.

Sono molti gli esempi di cattive pratiche. Per esempio, spesso si condannano gli anziani a semolino, purè e formaggio - non per sei mesi o una settimana (ormai i ricoveri nelle Aziende ospedaliere durano in media una settimana), ma per anni come avviene in troppe case di riposo. La motivazione è la mancanza di tempo per lavare le dentiere, le protesi, evitare di perderle, rischiare di confonderle ... Per questo parliamo di consuetudini, abitudini, cattive pratiche e rinuncia al pensiero critico da parte di amministratori e dirigenti.

Vanno considerate con attenzione sia la condizione del personale di supporto che la denuncia della mancanza di tempo e di condizioni favorevoli le pratiche di cura. Rappresentano dati reali. Appartiene all'esperienza comune il fatto che non ci sia il tempo per sanificare i presidi odontoiatrici, accompagnare ai servizi, dare da bere, sostenere nella camminata e nella mobilizzazione... da qui la scelta di ricorrere ad un'alimentazione ripetitiva, penalizzante il gusto, al pannolone, alla fleboclisi, alla PEG ...

Occorre ritrovare dei ragionamenti semplici e non rinunciare al buonsenso, che ha tutta una sua dignità e non coincide, non va confuso, con il senso comune. Il senso comune va combattuto e va salvaguardato il buonsenso.

Dopo 22 anni dall'introduzione dell'obbligo di laurea per gli infermieri, siamo ancora a combattere l'inadeguatezza e l'inefficacia del "medicocentrismo". È ancora il medico che dispone controlli e garanzia di sorveglianza, mentre sono gli infermieri i gestori e i responsabili del processo di cura. Tutto questo si paga in termini di inappropriata organizzativa.

Esiste una contenzione ambientale. Senza arrivare all'estremo esempio di un signore ottantacinquenne che, praticando parapendio, si è incagliato su un albero del Carso, fatto che si è risolto senza problemi. Senza dire che, se fosse stato ospite di una casa di riposo, non avrebbe mai

avuto il permesso di volare libero ... va riconosciuto che è pratica comune non lasciare uscire gli anziani autonomamente dalle strutture, neanche per attraversare la strada e prendere un caffè al bar con gli amici, andare a fare compere, una passeggiata al giardino pubblico... Nessuno, infatti, si prende la responsabilità del rischio di un eventuale incidente.

Si tratta di questioni basilari che bisogna ricominciare a porsi, passando dal silenzio dell'accettazione alla verbalizzazione di pensieri innovativi e alla concretizzazione di soluzioni possibili e dovute.

A questo proposito, va detto chiaramente: non è vero che la contenzione è un fatto eccezionale. I fatti di cronaca ci offrono la fotografia di un problema diffuso in tutto il Paese.

Si tratta di una pratica molto attuata anche a livello internazionale, ma questo non consola. Nel 2006 il Comitato Nazionale di Bioetica attesta l'elevata diffusione della pratica della contenzione, lo conferma ancora nel 2015 con un documento molto più coraggioso.

Il documento segna un "prima ed un dopo", uno spartiacque nel processo di cambiamento culturale in corso.

A Trieste, nel 2006, abbiamo organizzato un convegno volutamente intitolato "I vecchi siamo noi" con il duplice fine di denunciare la diffusione e la criticità del fenomeno, ma anche di avviare, innescare, una riflessione sulla condizione dell'anziano che prima o poi avrebbe interessato direttamente ognuno di noi.

C'è stato un prima e un dopo nella nostra Regione anche rispetto al filmato presentato qui poco fa. Grazie a quel video il cambiamento delle politiche socio-sanitarie in termini di eliminazione delle pratiche di contenzione ha interessato tutta la Regione Friuli Venezia Giulia. La Regione ha recepito con una delibera regionale molto importante quello che i professionisti di Trieste stavano chiedendo già da molto tempo.

C'è stato "un prima ed un dopo" come con il documento del Comitato Nazionale di Bioetica del 2015 e del quale è firmatario anche il Dott. Canestrari, qui presente con noi, "un prima ed un dopo" che ci obbliga all'impegno e a prendere posizione.

Anche le indagini e le denunce del Tribunale dei diritti del malato e Cittadinanza attiva testimoniano che la contenzione è tra le pratiche più usate di abuso nei confronti dei pazienti.

I dati attestano che si contiene soprattutto per prevenire le cadute. Nel 70-75% delle situazioni si ricorre alla contenzione, non perché le persone vogliono lanciarsi dalle finestre, ammazzare i figli o trucidare se stessi (... cosa che maldestramente ed erroneamente si pensa, il diffuso e sconcertante "senso comune", quello che dobbiamo combattere ...), ma perché le persone rischiano di scivolare e cadere.

Anche per questa seconda ipotesi, in realtà, non sussiste una sola evidenza, una sola ricerca, che dimostri che la contenzione protegga dalle cadute.

I dati dicono, di contro, che la contenzione favorisce le cadute. Non solo, peggiora l'esito delle cadute. Incredibile?! Il motivo è anche abbastanza logico e abbastanza semplice: una delle strategie maggiormente "cautelanti" rispetto alla caduta è "non inciampare"... ma per non inciampare, la strategia

è mantenere allenati i muscoli, continuare a muoversi, camminare. E noi cosa facciamo? Esattamente il contrario: le persone che sono a rischio di caduta vengono bloccate ai letti, impediti nel movimento.

Continuiamo a leggere le nostre pratiche con approccio critico: per non legare le persone o, usando una forma edulcorata ma intellettualmente disonesta, per non contenerle con legacci, molto spesso si ricorre alle spondine. Ma cadere dalle spondine espone a danni e ad esiti da caduta molto più drammatici che non scivolare da una sedia o da un letto.

I manuali di geriatria, di assistenza e di riabilitazione ci indicano infatti che le spondine, le bandine, le sbarre non possano essere posizionate alle persone che sono in grado di oltrepassarle. Anche in questo caso il motivo è semplice: se si è in grado di oltrepassare la bandina, questa non va posizionata perché, se in stato confusionale la si oltrepassa, si cade da un'altezza molto superiore a quella di un letto.

I passaggi e gli aspetti interessanti in tema di non sostenibilità delle pratiche di contenzione sono molteplici. Oggi riusciamo a vederne solo alcune. Una riguarda il tempo e la durata della contenzione.

L'art. 54 del Codice Penale, che norma lo stato di necessità, tratta in maniera molto chiara la questione tempo e ci dice "... per il tempo strettamente necessario..." , ma la contenzione nelle istituzioni sociosanitarie di natura diversa, quando viene utilizzata, viene posta in modo permanente, applicata ogni giorno e in ospedale per tutta la durata del ricovero, anche per 18/24 ore; nelle RSA almeno per 6/12 ore al giorno ... Una ricerca attesta che il 67% dei residenti in strutture è oggetto di contenzione meccanica.

Venendo al tema economico, è bene precisare e condividere come le inadeguatezze della cura e le degenze inappropriate siano a carico della fiscalità generale. Aggrava il quadro il fatto che le persone anziane, verso le quali non si praticano alternative di cura alla contenzione, spesso affermando che sono troppo costose, sono i maggiori sostenitori fiscali dello Stato italiano con 37 miliardi di euro che versano attraverso le loro imposte. Per lo più si tratta, inoltre, di donne che, dopo aver dato e donato tanto per tutta la vita, al momento in cui devono ricevere, si sentono dire che una pratica di cura appropriata ed adeguata, efficace ed efficiente, di semplice applicazione, quale l'accompagnamento, l'aver qualcuno accanto, "costa troppo".

Ancora: quando si parla di diritto al riconoscimento del sintomo e di diritto alla parità di dignità di tutte le condizioni clinico-assistenziali, occorre fare questa considerazione: perché sembra valere di più la sintomatologia di un infarto miocardico acuto? perché appare più sostenibile l'evidenza che di fronte ad un evento acuto di quell'entità si ha diritto ad un' unità coronarica di qualità, a infermieri competenti di terapia intensiva, ad un preparato cardiologo, un ottimo 118 e tutta una serie di altre efficienze?

Sembra che non abbia il medesimo diritto, di essere presa in medesima considerazione, la signora che ha bisogno di un accompagnamento per andare in bagno come ha sempre fatto per 85 anni in maniera autonoma. Siamo di fronte a una scala valoriale diversa? Ci sono bisogni più bisogni di altri? Paradossalmente e cinicamente inoltre, è frequente che l'infartuato abbia pagato meno tasse dell'ottantacinquenne e quindi, in teoria, che egli possa vantare meno diritti di quanti ne possa vantare la signora 85enne...

Si è accennato, dunque, al tema dell'invecchiamento. Guardiamo all'esempio di Rita Levi Montalcini che ha visto soddisfatto il diritto, ha avuto la fortuna e anche la possibilità di morire ultranovantenne probabilmente assistita con qualità, con una badante di giorno, una di notte e a casa sua, nel suo letto ...Ma questo è un diritto che spetta a tutte le donne e a tutti gli uomini anziani, o solo ai benestanti ed ai fortunati? In un mondo che invecchia sempre più, è una questione che dobbiamo affrontare rapidamente e con qualità? possiamo continuare ad allocare le risorse disponibili prioritariamente in ambito clinico e poco in ambito assistenziale?

Assistiamo ad un cambio di panorama delle nostre società: gli anziani aumentano sempre di più e aumentano le malattie a lungo decorso, eppure continuiamo a definire e calibrare i nostri servizi, le nostre organizzazioni e i nostri sistemi sulle acuzie. Continuiamo a mantenere numerosi "templi della salute", gli ospedali, fagocitatori di risorse per eccellenza. Fondamentali, per carità, ma ne servono davvero così tanti?

Oggi abbiamo bisogno di altre risposte, alternative, innovative, rispondenti al cambiamento che è già qui e d. Risposte di qualità che vadano verso i cittadini, nel contesto in cui essi vivono. Eppure insistiamo nel concentrare le nostre risorse per altre situazioni, pur sempre necessarie ed importanti. Certo, nel frattempo molto è cambiato, però seguitiamo a calibrare i nostri interventi su quel target medico-centrico, clinico-centrico e poco assistenzial-centrico o cura-centrico.

Trieste, lo sappiamo, è una città laboratorio: presenta il 30% di anziani ultra-sessantacinquenni rispetto ad una media italiana del 22%. Alcune considerazioni sul campo ci hanno portato a fare significativi ragionamenti. Abbiamo bisogno di affrontare questi cambiamenti dal punto di vista culturale, politico, amministrativo e di allocazione delle risorse ed ovviamente anche dal punto di vista tecnico-professionale e di comunità.

L'Italia offre pochissima attività domiciliare. La domanda delle domande che ci dobbiamo porre, oggi, è se sia possibile invecchiare liberamente e in dignità.

Gli anziani aumentano ed è naturale attendersi che a questo aumento corrisponda una risposta dignitosa, adeguata ed appropriata. Non si tratta solo di una questione ideologica, etica o di spinta morale, ma anche squisitamente tecnico-professionale. Occorre infatti domandarsi se siamo in grado di cambiare e di recepire questo cambiamento per i nostri sistemi sanitari, affinché siano adeguati e appropriati per il paziente, che deve ricevere la risposta giusta nel contesto del sistema giusto.

Appare doveroso segnalare che Trieste si è mossa da un punto di partenza culturale molto forte, derivante da importanti riflessioni radicate nell'esperienza della salute mentale e della psichiatria triestina.

Oggi abbiamo la responsabilità di non consegnare ai nostri figli un futuro di contenimento delle persone anziane, o con un problema di salute mentale, o di fragilità fisica e psicologica.

Ecco, la questione della responsabilità è un'altra questione molto delicata e che andrebbe approfondita, affrontata con approcci innovativi.

L'obiettivo è quello di offrire sistemi di cura che garantiscano la possibilità di riconoscere e sostenere l'autonomia della persona in cura. All'anziana donna del filmato precedente è mancata la

possibilità di provare a farcela, la possibilità di dimostrare che ce la poteva fare a rimanere a casa sua. Su questo terreno, l'infermieristica sta facendo passi da gigante, è molto avanti nelle riflessioni e negli approcci, ha molte carte da spendere, il punto di vista dal quale parte è la cura del soggetto, ma i sistemi organizzativi che si propongono non sono ancora pronti a questi cambiamenti.

A questo proposito, deve essere affrontato urgentemente il discorso molto importante che riguarda i rapporti di potere all'interno dei sistemi organizzativi. Se si insisterà a calibrare le relazioni organizzative sulla risposta più clinica che assistenziale, i sistemi e le risposte offerte continueranno ad essere fallimentari o, comunque, monche, parziali, non sufficientemente adeguate ed appropriate.

La responsabilità, va precisato, cresce quando si sceglie di dare una possibilità. Se nel contesto del filmato, si fosse scelto di dare la possibilità di stare a casa propria, sarebbe stato necessario un gruppo di lavoro territoriale, comunitario, socio-sanitario. Il gruppo si sarebbe preso la responsabilità di offrire alla signora l'opportunità di stare a casa propria.

Invece, si è optato per un approccio di medicina difensiva: piuttosto che fare una prova ed esperire la possibilità di stare a casa, si è scelto di tenere la persona in casa di riposo.

Chi pagherà quei centosettantotto giorni di assistenza inadeguata e inappropriata?

Con gli stessi soldi, anzi meno, si sarebbe potuto sviluppare un'assistenza territoriale.

Parliamo di "Carta dei diritti" o di "diritti di carta" da poter disattendere quando fa comodo? Non si possono scegliere risposte che semplificano quando le situazioni sono complesse. I processi di cura per le persone con problemi di salute mentale o per gli anziani con forti disabilità sono sempre progetti e percorsi articolati, ad alta complessità e ad alta intensità. Non si possono semplificare i percorsi, i progetti, gli approcci, dovuti, appropriati, adeguati, chiudendo le persone in contenitori privi di contenuti, in case di riposo o parcheggi, concedendo al soggetto un'unica alternativa: istituto od ospedale? O il nulla, il vuoto di cura, il vuoto di assistenza. Occorre inventare soluzioni nuove, strategie innovative ... perché il mondo sta cambiando, anzi, è già cambiato. Se non anticipiamo il futuro, il futuro ci travolgerà. Forse ci ha già travolti e travolte.

Un esempio: è raccomandato il movimento e noi blocchiamo le persone. La medicina consiglia di aumentare l'attività fisica per invecchiare bene e noi operiamo la contenzione degli anziani; suggerisce di aumentare le attività intellettuali e cognitive e noi impediamo, ostacoliamo e comunque poco favoriamo, tutti questi aspetti; invita ad aumentare l'attività relazionale con le persone significative e noi imponiamo limiti alle visite, orari di accesso ridotti. Sono cocenti e si impongono molteplici riflessioni.

Un eminente geriatra, Belloi, si chiede: "Siamo nella notte dell'assistenza? Da quando le corde curano?". Si tratta di domande dure, ma dirimenti. Aiutano a riflettere.

Esiste davvero una contenzione accettabile? Si è riusciti persino a teorizzare che l'anziano sopporta bene la contenzione. Ma la contenzione non è mai edulcorata come vorrebbero farci credere i foglietti illustrativi. Nella pratica sono note le soluzioni "artigianali" che si adottano: carrozzine legate ai termosifoni, lenzuola che ancorano i toraci ai letti ed espedienti simili.

La lotta alla contenzione rappresenta la porta d'accesso alla messa in discussione dei sistemi organizzativi più diffusi e che si stanno proponendo in giro per l'Italia, a nord come al Sud passando per

il Centro. Nessun area esclusa. Se ci si obbliga a lavorare senza contenzione, si è costretti a cambiare l'organizzazione nella quale si opera. Si è costretti a mettere in discussione i fragili equilibri che in tutti i modi si stanno cercando di mantenere.

Mostrano limiti evidenti ed ogni giorno scricchiolano sempre di più. Tecnici e professionisti attenti, politici ed amministratori oculati sono chiamati a riconoscere che il sistema sta cedendo e ci si deve inventare qualcos'altro.

Le evidenze ci vengono in aiuto: non vi è alcun dato a sostegno della contenzione.

Dimostrano come la contenzione non protegga dalle cadute. Aggrava gli esiti da caduta, le lesioni risultano infatti più gravi nelle persone contenute che non in quelle non contenute. Peggiora il livello di agitazione e disagio del soggetto contenuto.

La contenzione fa male a tutti: agli anziani, ai familiari e fa male anche agli operatori. Aumenta il tasso di assenteismo, aumentano le malattie degli operatori e la durata delle stesse. Le cattive pratiche assistenziali comportano la perdita degli operatori e dei professionisti con maggiore motivazione a lavorare con gli anziani: se si opera con gli anziani in maniera non accettabile, alla fine rinunciano e se ne vanno, si allontanano. E così si perdono le risorse migliori.

La contenzione aumenta i danni da immobilità.

Si dice che si ricorre alla contenzione per questioni di sicurezza, ma i foglietti illustrativi ci dicono di strangolamenti e molti altri effetti collaterali e negativi.

Altro aspetto fondamentale da segnalare: non si tratta di una questione solo infermieristica, ma multidisciplinare e multiprofessionale.

Il rappresentante delle Forze dell'ordine ha proposto poco fa un ragionamento molto interessante e che spesso anche il nostro gruppo ha affrontato: non può essere il sistema a creare l'ingestibile. L'organizzazione sociosanitaria, infatti, deve operare per la prevenzione delle situazioni di crisi, anticipando e intervenendo prima che la situazione diventi ingestibile, prima che sia necessario ricorrere a quanto previsto dall'art. 54.

Il gruppo di Trieste, con le Forze dell'ordine, ha spesso organizzato corsi di formazione condivisi e congiunti. Quando si presentano situazioni delicate, sia nell'area della salute mentale che in quella geriatrica, a volte si chiede il loro intervento, le modalità vengono costruite insieme, con linguaggi armonici e d'intesa, dove la cura, l'aiuto, è sempre l'obiettivo principale. Molto spesso questo modo di operare è sufficiente a detendere e a far decantare la situazione, prima del suo ingovernabile precipitare.

Quando si chiede all'infermiere di accorrere perché il paziente minaccia di gettarsi dalla finestra, si compie un errore. Sono i pompieri che vanno chiamati a mettere il telone, perché l'infermiere non ha strumenti appropriati in questo caso. Non ha funzione di controllore sociale. Il medico, l'infermiere devono arrivare prima, anticipare la crisi, attuare risposte organizzative e professionali, usare strumenti per evitare il montare della crisi o il sopraggiungere di evenienze critiche ... di fronte all'emergenza, serve solo il telone.

Per i sistemi sociosanitari, quando è necessario il telone, di solito è indicatore di fallimento.

L'unico articolo dell'intero ordinamento italiano dove si parla di contenzione è previsto nel Regolamento carcerario. Eppure, linee guida, protocolli, procedure di tutti i nostri sistemi socio-sanitari ne trattano in maniera diffusa: anche questo è un grande paradosso.

Avviandoci a concludere, appare chiara la necessità di passare dalla logica del controllo a quella della cura, dalla logica della protezione a quella del sostegno, dalla logica della riabilitazione a quella dell'abilitazione. Occorre passare dalla logica della sicurezza a quella della responsabilità, dalla standardizzazione alla personalizzazione vera, dove è sostanza il rispetto della soggettività.

Di fatto, la pratica della contenzione non può che essere abolita. I tentativi fatti finora di bilanciarla, di limitarla, si sono rivelati fallimentari, tanto che si continua a legare lungo l'intero Stivale. Da molto tempo e moltissime realtà tentano di normarla, protocollarla, contingentarla a quanto strettamente necessario. Ma il risultato è rovinoso. Anche questo ci ha portato a sostenere che la contenzione non può essere tollerata ma solo eliminata. Evitata con radicale convinzione. Solo così è possibile non ricorrervi con sistematicità. Continuare a conservare nella cassetta degli attrezzi strumenti e modalità di contenzione, ci condanna, prima o poi, a ricorrervi.

Tutto quanto sin qui espresso, ci ha portati ad affermare, teorizzare e praticare che la contenzione non è atto socio-sanitario.

La contenzione non è atto sanitario in quanto non promuove la salute, non ha valenza preventiva, diagnostica, terapeutica, assistenziale, di cura, riabilitativa, ma al contrario determina gravi complicanze ed effetti collaterali fino alla massima conseguenza, la morte del soggetto. La contenzione in quanto non atto socio-sanitario non è di competenza clinico-assistenziale, non si può praticare, non può essere oggetto di linee guida, di procedure o protocolli e non può essere prescritta.

Non si tratta solo di una questione di principio, di deontologia professionale, di etica, tutti aspetti fondamentali e dignitosissimi ovviamente, ma si tratta anche di questione prettamente tecnica: la pratica non risponde ad alcun bisogno del soggetto e non cura in alcun modo. Non esiste alcun bisogno ad essere contenuti, ad essere legati, ad essere fermati. Ed il farlo non previene nulla, né le cadute, né gli esiti negativi da caduta, non protegge, non aumenta la sicurezza. La sicurezza può essere garantita solo dalla responsabilità di scegliere modalità e approcci di cura appropriati ed adeguati. Legare non cura in quanto la pratica è priva di effetto terapeutico; non produce diagnosi; non è abilitante, ma al contrario disabilita ed è causa di gravissime complicanze. Questo è il ragionamento che ci fa dire che non è un atto sanitario e che dunque non la si può praticare. Di conseguenza, in quanto atto non sanitario, non la si può prescrivere, non la si può protocollare e non può essere oggetto di linee guida.

Basaglia si chiedeva: "Vincere o convincere?". Il nostro interesse ed obiettivo è quello di sensibilizzare, invitare alla riflessione e quindi a un processo di convincimento che nasce da se stessi, convincere insieme. Vorremmo aprire una discussione con tutte le Regioni.

Il rischio, se non ce ne occupiamo, è che il futuro ci travolga anche con la sovra-determinazione della tecnica sulla relazione: un robot al posto degli operatori. Non vogliamo che questo avvenga, teniamo alla relazione in quanto strategia terapeutica e di cura, non solo quindi perché etica e deontologica, ma proprio perché efficace e appropriata, relazione terapeutica, relazione che cura.

L'accusa che ci viene mossa è quella di essere utopici e ideologici. Ma allora vi chiediamo: Nelson Mandela che è stato forse il più grande utopista della storia recente, non è forse riuscito a realizzare quello che si prefiggeva? Un uomo che nella sua vita ha più volte perso la sua libertà, ma non ha mai perso la sua dignità? E ancora, assolutamente significativo, dobbiamo ricordare che l'apartheid, la schiavitù e il colonialismo, non molto tempo fa, erano legali; era legale il delitto d'onore, mentre di contro era illegale il divorzio e l'interruzione di gravidanza, non era concesso il voto alle donne, era legale lavorare più di 12 ore al giorno, i bambini in miniera e potrei continuare ... le cose, anche quelle più impensabili, sono successe, il mondo è cambiato. A volte, ancor'oggi, il concetto di legalità è legato più ad una questione di potere che ad una di giustizia.

La messa in discussione delle pratiche di contenzione ed il doveroso abbandono delle stesse, non può che partire da un approccio e da un pensiero critico.

A cosa serve l'utopia? L'utopia aiuta ad andare avanti, a spostare l'orizzonte un po' più in là, l'utopia serve a camminare, passo dopo passo verso la meta. E l'importante convegno di oggi è un altro passo avanti verso la strada del superamento della contenzione.

Non possiamo essere dei semplici amministratori dell'esistente, ci ricorda Basaglia: si devono cambiare le situazioni, occorre immettere pensiero critico, modificare le organizzazioni, riequilibrare i poteri al loro interno.

Vi lascio con queste immagini dell'ultima Barcolana, dove siamo riusciti a portare da protagonisti attivi persone molto anziane, persone con problemi di salute mentale e con disabilità importanti.

Grazie.

PETRINI Davide, Ordinario di Diritto penale presso l'Università del Piemonte Orientale

"Incolmità dei pazienti ed enfatizzazione della posizione di garanzia dei sanitari"

La contenzione è una realtà con la quale ci si trova spesso a contatto, anche in situazioni estreme di detenuti che vengono a chiedere un colloquio al Garante e che arrivano con dei segni visibili sul corpo. Questo, ovviamente, rende la tematica della contenzione assolutamente centrale per un Garante dei diritti dei detenuti, perché richiama il problema della violenza e, quindi, della limitazione della dignità delle persone.

Venendo al tema dell'enfatizzazione, ci sono tante ragioni per le quali si ricorre alla contenzione. Volendo potremmo anche aggiungerne molte altre, ma io vorrei riflettere soprattutto su una di queste, che è la paura di essere incriminati se, dal non ricorso a mezzi di contenzione farmacologia o fisica, deriva un danno al paziente.

L'operatore - e questo vale per lo psichiatra, il medico, l'infermiere e tutti quelli che sono coinvolti in una vicenda di questo tipo - si trova un po' stretto tra l'incudine e il martello. L'incudine è un'eventuale incriminazione, peraltro non così frequente, se si ricorre a dei mezzi di contenzione (tranne ovviamente casi di grandissima criticità); il martello, invece, è la paura di dover rispondere - dal punto di vista

civilistico, ma anche penalistico - per i danni derivati ai pazienti che si alzano, cadono, si buttano giù dalle scale o dalla finestra, oppure scappano dalla casa protetta (che tanto protetta non era), sono ritrovati morti cinque anni dopo e vengono riconosciuti con la prova del DNA (per citare solo un caso di cronaca, di enorme gravità).

Ora, ovviamente, non c'è una legge universale, ma si immagina che quanto più è forte il rischio di incriminazione, tanto più possa essere diffusa l'idea che sia lecito ricorrere alla contenzione; anche se, in realtà, questo accade non quando più è diffusa la consapevolezza che davvero esistono sentenze in quella direzione, ma quanto più è diffusa una percezione, magari anche erronea, non così precisa e non così adeguata. A questo proposito, probabilmente, bisognerebbe immaginare dei percorsi formativi, in itinere e permanenti, proprio su questi temi.

Ora, occorre fare un chiarimento: la posizione di garanzia è quella situazione per cui un soggetto è garante dell'incolumità di una persona che gli è stata affidata. Può essere il caso della babysitter nei confronti del bambino, dell'insegnante o dell'autista dello scuolabus; ed è ovviamente il caso del medico e dell'infermiere con il paziente.

Nella nostra giurisprudenza, certamente, una progressiva estensione della posizione di garanzia è stata operata. Si può anche essere d'accordo e dire che è in gioco la tutela di interessi fondamentali di bambini, minori, persone fragili o in difficoltà, però questa estensione ha raggiunto parimenti dei livelli un po' eccessivi.

A questo proposito, è utile l'illustrazione di una sola sentenza del 2013, quindi abbastanza recente.

In un contesto di villette a schiera, un papà è a casa e si sta occupando delle sue cose, mentre i suoi bambini giocano nel cortile. I bambini vicini di casa entrano nel suo giardino e si mettono a giocare anche loro: lui lo sa e li vede, perché la porta è aperta, ma ad un certo punto i ragazzini cambiano gioco e passano a buttarsi vicendevolmente addosso, dopo aver dato loro fuoco, delle spugne imbevute d'alcol. Uno di loro rimane ustionato, ancorché non gravemente. Ebbene, il padre viene condannato per lesioni personali colpose perché è riconosciuta *"un'assunzione volontaria e unilaterale di presa in carico del bene protetto"* (l'integrità fisica dei bimbi vicini di casa, nel nostro caso).

Per l'accusa il punto è che il padre non si fosse opposto alla presenza dei figli del suo vicino di casa nel cortile antistante: non che non avesse controllato, ma che non si fosse opposto alla visita. Si evince come diventi proprio facile, anche di fronte a giudici serissimi, andare ad individuare una posizione di garanzia.

Vediamo come si orienta la nostra giurisprudenza in presenza di una posizione di garanzia non rispettata e di una violazione in un'attività di controllo e di tutela dell'anziano o del paziente psichiatrico, tralasciando i TSO e quanto avviene in carcere, contesti in cui si pongono problemi diversi. Esaminiamo le indicazioni della Cassazione su quelle che noi chiameremo condotte alternative lecite che sono state omesse da parte di medici e infermieri. Anticipo subito che l'analisi di queste sentenze è molto buona perché non vi è mai, o quasi mai, il riferimento alla necessità di ricorrere all'uso mezzi di contenzione.

Esaminiamo un caso, quello di un medico psichiatra, responsabile di un reparto dove è ricoverato un paziente a rischio di fuga, portatore di una serie di patologie e con precedenti tentativi di

allontanamento, che ad un certo punto scappa e muore. La Cassazione - siamo nel 2015, quindi in tempi recenti – sostiene che *“il medico non ha disposto opportune forme di sorveglianza”* e chiama in causa anche il personale infermieristico.

Si tratta di una sentenza molto ben motivata, perché si pone il problema di cosa sia cambiato nell'uso della contenzione dalla legge manicomiale alla L. 180/1978. Vi si legge: *“Il personale medico ed infermieristico ha il dovere giuridico di protezione e di sorveglianza”* (posizione di garanzia), specie se la persona non è in grado di badare a se stessa. L'abbandono del modello manicomiale, con l'uso sistematico della coercizione e dell'isolamento, è sostituito da forme di custodia in strutture aperte e richiede modalità diverse di protezione e sorveglianza, funzionali a contemperare la libertà e la sicurezza. Oggi non si ricorre più alla coercizione (certamente la contenzione è uno degli elementi della coercizione psichiatrica) e dunque bisogna utilizzare altre forme.

In ordine alla condotta doverosa omessa, la Cassazione si esprime ritenendo *“dovuto ed esigibile un regime di sorveglianza continuo* - per impedire la fuga occorre una sorveglianza continua: bisogna, cioè, monitorare il paziente, stargli davanti, tenerlo sotto osservazione -, *sebbene la vittima non fosse soggetta a misure coattive, ma non necessariamente avrebbe imposto il suo contenimento fisico, perché costante sorveglianza degli operatori e chiusura delle uscite avrebbero evitato l'evento”*.

Naturalmente si potrebbe discutere sulla funzione di quel *“necessariamente”* perché senza quell'avverbio il riferimento sarebbe stato ad un regime di sorveglianza privo di imposizione del contenimento fisico. Questo avverbio – necessariamente – lascia, come sempre, una porta aperta, pur senza farvi riferimento: ad un fisioterapista che prescrivesse la contenzione, si potrebbe rispondere che ci sono altri strumenti, pur non escludendola del tutto.

Veniamo ad una sentenza del 2008, il cui estensore è uno dei più grandi magistrati che la Repubblica italiana abbia avuto, Carlo Brusco, che l'ha motivata benissimo. Il caso è quello di un primario e dei medici di Psichiatria di un ospedale pubblico, imputati di omicidio colposo in danno di una paziente. Questa paziente, per la quale c'era il pericolo di suicidio, aveva chiesto di andare a prendere un caffè e si era allontanata senza essere accompagnata. Poiché, per una scelta discutibile, la macchinetta del caffè si trovava al piano superiore, la paziente si era buttata di sotto ed era morta. I medici e lo psichiatra sono stati condannati.

È chiaro che in questa situazione siamo in presenza di un paziente psichiatrico che non si agita. Ma la sentenza, che anticipa di sette anni quella del caso precedente, è interessante perché, di nuovo, dà conto dello sforzo del giudice di fornire indicazione delle condotte alternative lecite che andavano tenute, andando proprio ad individuare degli strumenti conformi a queste diverse opzioni: *“Invitare il personale infermieristico alla massima sorveglianza; prevedere, quando il paziente esce, che lo accompagnino persone qualificate e informate”*; e così via.

La sentenza successiva è del 2015 e riguarda una paziente di una casa di riposo che apre la porta del salone, che evidentemente non era bloccata, si affaccia su una rampa di scale, cade e muore. Anche in questo caso la Cassazione sottolinea come la Corte d'Appello avesse osservato che *“bisognava dotare la porta della sala di un sistema di allarme che ne segnalasse l'apertura, nonché di*

una postazione permanentemente presidiata". Si può notare che c'è un notevole sforzo di andare ad individuare degli strumenti di controllo rispettosi della dignità della persona.

Andiamo, invece, ad una sentenza molto più delicata e molto più vicina alle situazioni oggetto di questo convegno di studi. Il caso è quello di un'anziana paziente con una grave forma di Alzheimer che, in una struttura privata, viene collocata in una stanza al primo piano. Siccome molti pazienti ricoverati su quel piano tendono a scappare, di notte l'operatrice (che, tra l'altro, non era un'infermiera, perché non aveva nessuna qualifica professionale) chiudeva tutti dentro a chiave, pensando, con questa maldestra modalità, di tenerli al sicuro. Questa signora viene dunque chiusa dentro, apre la finestra, si butta di sotto e muore.

La Cassazione (siamo nel 2013) dice che bisognava individuare altri sistemi di difesa e di protezione, quali una collocazione al piano terreno, una finestra protetta per impedirne l'apertura, la sorveglianza assidua – ecco di nuovo il tema della sorveglianza – ed eliminando, ovviamente, il ricorso alla chiusura delle porte, che era del tutto incompatibile con la sorveglianza.

Questa pronuncia è importante perché si parla di *"presenza non assicurata, con una sola inserviente, di notte, per quindici pazienti"*. Credo che questo sia un nodo centralissimo nella determinazione dello stato di necessità. Non è possibile, cioè, che una sola persona possa controllare quindici malati. Quindi, per definizione, sarebbe illegittimo il ricorso alla contenzione, perché non si sono utilizzati prima tutti gli altri strumenti d'altro tipo, come quelli indicati.

Fino a qui è emerso un quadro nel quale individuiamo ed apprezziamo una significativa capacità di questi giudici di dire "che cos'altro si deve fare per...". Vediamo, invece, qualche sentenza di segno diverso, nelle quali vi sono riferimenti ai mezzi di contenzione.

La prima riguarda una vicenda molto simile a quella verificatasi presso la "Consolata" di Borgo d'Ale, che parla di violenze sistematiche su anziani e ricoverati, dove, appunto, vi è un uso sistematico del sopruso fisico.

La sentenza, davvero molto discutibile, recita: *"Questi malati psichiatrici non hanno bisogno di strumenti rieducativi, quanto di cure tecniche riabilitative. I giudici di appello rimarcano che nei confronti dei malati di mente l'uso della violenza fisica è circoscritto per legge al ricovero coatto in regime di Trattamento Sanitario Obbligatorio e ai mezzi di contenzione diretti a evitare il pericolo attuale del compimento di atti eterolesivi e autolesivi"*. In questo caso, dunque, abbiamo un riferimento esplicito: davanti al rischio di atti auto o eterolesivi, cioè, sarebbe legittimo il ricorso ai mezzi di contenzione. Si parla, certo, di malati di mente, e non genericamente di anziani, però abbiamo un riferimento molto evidente, ed assai inquietante, alla contenzione.

Tra l'altro, se proseguiamo la lettura, nella motivazione si legge: *"In questo quadro, l'unica vis modica che gli operatori avrebbero potuto lecitamente esercitare sui malati sarebbe stata quella necessaria e sufficiente a impedire di mettere in pericolo la propria e l'altrui incolumità"*, ovverosia quella di "fermarli". Questo è un termine gergale, sul quale rischiano di cadere un po' tutti i giudici e soprattutto i magistrati di sorveglianza, ed è l'espressione cui ricorrono alcuni operatori che lavorano con dei minori

di 16 e 17 anni, interrogandosi sulle pratiche da mettere in atto per arginarli in caso di aggressione o di rischio per l'incolumità personale.

Questa è una sentenza che sembra redatta dai medici di Pinocchio, quelli che asseriscono che il paziente è morto e che però, se poi ci si dovesse accorgere che respira, ciò vorrebbe dire che è vivo. Chiunque potrebbe scrivere una frase così: "*Bisogna evitare qualsiasi intrusione nella sfera di libertà della persona e qualsiasi contenzione, se non quella che è strettamente necessaria per evitare di impedire dei danni maggiori*": chi non la sottoscriverebbe? Ma poi è difficile, per un OSS, un infermiere, uno psichiatra, un medico, individuare i comportamenti corretti per concretizzare la prescrizione.

Manca, dunque, un'indicazione che rappresenti una presa di responsabilità chiara su che cosa si può fare e cosa non si può fare. In assenza di questo indirizzo, riemerge il primato della posizione di garanzia tipica della medicina difensiva, che però è la medicina difensiva – tragica – della contenzione, nella quale l'intervento infermieristico prevede di legare il paziente per evitare la condanna in caso di morte per mancata sorveglianza o il risarcimento economico in caso di lesioni da caduta.

Dal nostro punto di vista, il 2013 rappresenta l'*annus horribilis* per gli infermieri. Il caso che segue è quello di due infermieri che mettono sul letto un paziente ricoverato in stato di ubriachezza e presunta crisi asmatica. All'esito di una prima caduta, lo collocano nuovamente sul medesimo letto con una sola sponda metallica di contenimento da un lato e, in mancanza della seconda, poggiano l'altro lato sul muro. Il paziente, tuttavia, si agita e sposta il letto, casca ugualmente e muore.

I due infermieri vengono poi assolti, perché non era provato che il paziente fosse morto a causa della botta presa nella prima caduta, della quale loro non erano responsabili, o a causa del colpo preso nella seconda caduta, attribuibile alla loro negligenza: *in dubio pro reo*, e dunque vengono assolti. Ma un conto è dire che non c'è la prova che sia stata la seconda caduta a portare alla morte; altro è dire che si è violata una regola cautelare e cioè che non si è bloccato il paziente con delle sbarre. Quella della costante vigilanza è solo una delle misure che la Corte ha imputato ai ricorrenti: infatti il Giudice ha individuato anche la sollecitazione del personale medico all'adozione di idonei mezzi meccanici o farmacologici di contenimento. Si tratta dunque di una sentenza molto esplicita.

L'ultima sentenza, anch'essa del 2013, tratta il caso di un'infermiera condannata per non aver messo le sponde al letto. Occorre infatti ammettere, in premessa, che non si riscontrano condanne per mancato rispetto della posizione di garanzia per non aver legato il paziente; ma- come stiamo vedendo – ve ne sono due sul mancato utilizzo delle sponde, che costituiscono uno dei meno intrusivi mezzi di contenzione.

Tale sentenza rileva ai fini della responsabilità penale perché chiama in causa la "*mancata apposizione delle sponde al letto del paziente, concretamente esposto al rischio di cadere, alla cui cura l'infermiera era tenuta in nome dell'obbligo di protezione su di lei, gravante in ragione delle mansioni esercitate*". In ragione della mansione, sull'infermiere grava l'obbligo di protezione che lo deve portare ad apporre le sponde al letto.

Si tratta di sentenze significative per la logica ad esse sottesa, che chiama in causa il ruolo del soggetto e la condotta che gli viene imputata, della quale potrebbe dover rispondere.

L'ultimo argomento che voglio affrontare con voi è quello dello stato di necessità.

Una prima sentenza del 2014, che mi pare rilevante, riguarda una signora che lega quotidianamente l'anziana mamma malata. In questo caso non è stato riconosciuto lo stato di necessità.

Una seconda sentenza, così recita: *"Per l'esimente dello stato di necessità è necessario il pericolo di danno grave a persona attuale e imminente; non è sufficiente un pericolo eventuale, futuro, probabile o temuto"*. Andando avanti, si legge che la Corte ha ritenuto priva di vizi la decisione con la quale la Corte d'Appello ha assolto gli imputati, ritenendo presente lo stato di necessità, dal momento che gli operatori *"avevano solo parzialmente immobilizzato e comunque assoggettato a continuo monitoraggio un paziente ricoverato in stato di agitazione psicomotoria"*. Verrebbe da domandarsi chi fosse a monitorarlo continuamente, se poi è morto, però bisognerebbe poter conoscere bene il contesto storico nel quale si sono svolti i fatti.

Lo stato di necessità, in ogni caso, prevede alcuni requisiti, a partire dal pericolo attuale che – lo insegna l'abc del diritto penale – significa anche pericolo perdurante. Per esempio, in caso di sequestro di persona, il pericolo per la libertà personale è un pericolo perdurante; il pericolo imminente, invece, si ha nel caso in cui si abbia una pistola puntata contro.

La persona agitata che vuole scappare e che deambula tutto il giorno avanti e indietro è una persona in uno stato di pericolo permanente. Da questo punto di vista, quindi, forse il ricorso allo stato di necessità non fornisce grande aiuto, ed in queste situazioni bisognerebbe limitarne molto l'operatività. Diversamente, infatti, lo stato di necessità rischia di diventare per l'operatore - il medico, lo psichiatra, l'infermiere, la Polizia penitenziaria - un po' una sorta di "totem" al quale ci si inginocchia sperando che risolva tutti i problemi. Senonché, i problemi rischiano di riemergere, con ancora maggiore gravità, il giorno in cui un giudice ritenga che si sia ecceduto nei limiti della causa di giustificazione, dello stato di necessità, e che pertanto si debba rispondere, anche penalmente, dei danni cagionati con l'utilizzo di mezzi di contenzione che si sono dimostrati lesivi (quando non addirittura letali).

Un altro requisito è il danno grave alla persona. Buttarsi dal balcone oppure cadere dal letto possono causare danni gravi.

Ancora, il pericolo non deve essere volontariamente causato, ma occorre prestare attenzione al termine "volontariamente", perché il legislatore utilizza certi termini, ma poi i giuristi li interpretano. "Volontariamente" vuol dire anche per colpa: la nostra giurisprudenza dice che se per colpa ci si mette in strada con una macchina che non funziona bene, poi non si può invocare lo stato di necessità, quando si tratta di affrontare una situazione di pericolo che si è "volontariamente" causata.

Se dunque si ha un solo infermiere per quindici persone agitate nel turno di notte, il pericolo è stato causato "anche" da questo contesto: non si può invocare lo stato di necessità se in qualche modo si è contribuito a causare la situazione di pericolo del paziente, per esempio con un'organizzazione scorretta, insufficiente, carente.

Il cuore del problema, però, è il concetto del "non altrimenti evitabile", che implica l'assenza di alternative meno lesive. Se si ha un'alternativa meno lesiva, o addirittura lecita, non si può invocare lo stato di necessità. E il fatto che esistano i letti che si abbassano fino a terra che, con i materassini

vicino, escludono qualsiasi danno da caduta, fa leggere quelle sentenze sulle sbarre sotto un'altra luce. In quei casi, infatti, c'era un'alternativa lecita; neanche meno lesiva, ma addirittura lecita.

L'ultima considerazione riguarda i costi. La nostra Cassazione è assolutamente rigorosa nel dire che, in ordine allo stato di necessità, la difficoltà economica non rileva. Tranne in rari casi, nemmeno di fronte al furto di generi alimentari si dice che "la fame rileva": in generale, l'orientamento è che non rilevi la difficoltà di carattere economico, perché ci si può rivolgere ai soggetti della solidarietà sociale per ottenere quanto occorre per sopravvivere. E persino a fronte della non corresponsione degli assegni di mantenimento all'ex coniuge perché si è in carcere si risponde che ci si può procurare il denaro in altro modo, chiedendo a qualcheduno; o che, comunque, si è causato volontariamente il problema commettendo il reato e andando in carcere. Oppure, ancora, il datore di lavoro non può difendersi dicendo di non avere le risorse per i dispositivi di sicurezza, in assenza dei quali l'operaio ha perso una mano.

Allora, se la difficoltà economica non incide mai per giustificare e per invocare lo stato di necessità - se, cioè, non si può mai invocare lo stato di necessità perché l'alternativa lecita o meno lesiva costava troppo - non si capisce perché, quando è in gioco la dignità delle persone umane, questo ragionamento smette di avere rilevanza.

3.3.1.2 Ancora sulla costituzione di parte civile del Difensore civico regionale nei procedimenti penali in cui siano persone offese soggetti disabili

Si era già sottolineata, nella relazione dello scorso anno, l'importanza della previsione normativa contenuta nell'art. 36 della Legge 104/1992 (*Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili*) che riconosce ai Difensori civici la facoltà di costituirsi parte civile nei processi riguardanti reati commessi ai danni di persone portatrici di minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali.

La teleologia della norma appare risiedere per un verso nell'opportunità di garantire una rappresentanza in giudizio anche con riferimento ai diritti, agli interessi, alle esigenze delle persone disabili che siano vittime di reato e non siano altrimenti tutelate, a prescindere dalla singolarità della posizione di ciascun soggetto, e per altro verso nel realizzare una sorta di affiancamento all'attività del Pubblico Ministero da parte di un organo di garanzia la cui funzione istituzionale risulta complessivamente connotata dalla vocazione alla tutela dei soggetti più deboli..

Segnalo positivamente che, all'udienza del 11 ottobre 2017 celebrata avanti il Giudice dell'udienza Preliminare del Tribunale di Torino dott.sa Alessandra Pfiffner, questo Ufficio ha potuto costituirsi parte civile, con il patrocinio dell'Avvocatura regionale in persona dell'avvocato Alessandro Mattioda²³, nel procedimento penale numero 28669/16 in cui è imputato tal R. F cui sono contestate gravissime ipotesi di reato realizzate ai danni di un paziente psichiatrico affetto da una grave patologia.

²³ che ringrazio per la preziosa e competente collaborazione

Si riporta di seguito il capo di imputazione:

A) del reato di cui agli artt. 110, 575 - 576 c. 1 n. 5), 36 l. 104/92 perché, eventualmente in concorso con persone allo stato ignote, cagionava, colpendolo con calci e pugni, la morte di C. T.; con le aggravanti di avere commesso il fatto in danno di persona portatrice di minorazione psichica, in quanto affetta da assoluta insufficienza mentale e da alcolismo e quindi non autosufficiente (minorazione determinante nella vittima causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione, ai sensi dell'art. 3 della L. 104/92), nonché di avere commesso il fatto in occasione della commissione del delitto ex art. 572 c.p. meglio descritto sub B);

B) del reato di cui agli artt. 110, 61 n. 5), 572 c.p. perché, eventualmente in concorso con persone allo stato ignote, maltrattava C. T., chiudendolo a chiave nella stanza a lui destinata, quando usciva di casa, senza cibo e acqua e senza poter accedere al bagno per i propri bisogni corporali, impedendogli comunque spesso di utilizzare il bagno e così vincolandolo a soddisfare i suoi bisogni corporali in stanza, poi obbligandolo a pulire con insulti e violenze, spesso lasciandolo in ogni caso senza cibo né acqua, talvolta legandolo alla sedia anche imbavagliandolo, nonché percuotendolo sistematicamente con calci e pugni in ripetute e frequentissime occasioni (fino a causarne la morte in occasione delle lesioni inflitte alla vittima in data 18.11.16), persona con lui convivente - avendo accettato di ospitarlo presso la sua abitazione in Torino, C.so Belgio n. 139, in attuazione, in favore del medesimo C., del cd. Progetto IESA (Inserimenti Eterofamiliari Supportati per Adulti) della ASL di competenza; con l'aggravante di avere approfittato di circostanze di persona tali da ostacolare la privata difesa, e cioè agendo in danno della vittima affetta da assoluta insufficienza mentale e da alcolismo e quindi non autosufficiente, così del tutto incapace di frapporre qualunque ostacolo all'azione dell'aggressore; Commesso in Torino in epoca anteriore e prossima al 18.11.16, nei mesi precedenti.

All'udienza sopra indicata l'imputato optava per il rito abbreviato e, all'esito della discussione delle parti, svoltasi in più udienze, il Giudice pronunciava sentenza di condanna, ritenendo che entrambi i capi di imputazione andassero sussunti nel reato di maltrattamenti, aggravato ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 572 c.p. dalla morte della persona offesa, ed infliggeva la pena della reclusione nella misura di anni sedici.

Si legge in sentenza, quanto alla ricostruzione dei fatti, che: "emerge dagli atti processuali (cfr. cartella clinica del Dipartimento di Medicina - S.C. Medicina Interna di Rivoli) che T.C. era soggetto affetto da plurimi disturbi psichici e, in particolare, da oligofrenia di grado lieve, comportamento ossessivo e ipocondriaco, scarso controllo degli impulsi, dipendenza da alcol, disturbi comportamentali e disturbo di personalità, per i quali aveva subito negli anni plurimi ricoveri presso strutture psichiatriche.

Fino all'estate del 2015 aveva vissuto con la propria madre, ma con l'avanzare dell'età della donna, non più in grado di gestire le sue problematiche, il Centro di Salute Mentale di Giaveno lo aveva inserito all'interno di una struttura riabilitativa psichiatrica, in vista dell'elaborazione di un progetto di affidamento presso una famiglia dello I.E.S.A. (Inserimenti Eterofamiliari Supportati per Adulti), servizio interno

all'ASL per l'affidamento di pazienti psichiatrici adulti.

In esito a tale percorso, dal 15 febbraio del 2016 il C. era stato affidato a R. F. ed allocato presso la sua abitazione, sita in Torino, dietro pagamento di un contributo per il suo mantenimento, di circa 1030 euro mensili.

L'assistenza ed il sostegno alla famiglia ospitante ed al paziente erano assicurati attraverso periodiche visite domiciliari degli operatori IESA di riferimento e, in particolare, della dott.ssa Gribaudo (cfr. dichiarazioni rese il 24.11.2016 da DEVARDO Daniela, dipendente dell'ASL TO 3, ente che aveva finanziato il programma).”

La decisione del Giudice di primo grado sviluppa poi una articolata quanto approfondita valutazione delle prove raccolte (che si omette per ragioni di spazio), così infine concludendo:

“(…) alla luce degli elementi investigativi raccolti, deve ritenersi pienamente dimostrata la penale responsabilità dell'imputato per il reato di maltrattamenti a lui ascritto in rubrica, essendo fuori discussione che gli insulti, i continui pestaggi, la privazione di acqua e cibo, la segregazione nella camera da letto e la costrizione a pulire i bisogni corporali e tutti gli atti abituali di violenza e prevaricazione dettagliatamente descritti dalla C. G. e dalla C. integrino gli elementi costitutivi del delitto contestato.

Va ora segnalato che la ragione per cui l'Ufficio ha scelto questo processo per esercitare la facoltà di costituzione di parte civile ai sensi dell'articolo 36 della legge 104/92 risiede, oltre che nella evidente gravità dei fatti contestati, anche nella ritenuta opportunità di approfondire eventuali problematiche o criticità del Progetto IESA (Inserimenti Eterofamiliari Supportati per Adulti) sia in astratto che in concreto, nell'ottica dell'intervento tipico del Difensore civico di controllo dell'efficienza della pubblica amministrazione in occasione della erogazione di un servizio ed anche di tutela della dignità della persona.

Con riferimento a tali profili è possibile rintracciare negli atti processuali una specifica attività di indagine, articolata attraverso il sequestro, a seguito di decreto di perquisizione emesso dal Pubblico Ministero, del diario clinico completo riguardante il progetto relativo al paziente T. C. e la audizione di tutti coloro che quel progetto avevano seguito (medici, infermieri, psicologi) oltre che del responsabile del Servizio dottor Gianfranco Aluffi.

Proprio dalle sommarie informazioni rese da quest'ultimo occorre muovere l'esame, osservando che pare del tutto condivisibile la rivendicazione formulata dal dottor Aluffi riguardante i positivi effetti terapeutici e riabilitativi in favore dei pazienti psichiatrici di una modalità di presa in carico che, in alternativa al ricovero in struttura, promuove affidamenti etero familiari. Si tratta di un'opzione terapeutica indirizzata a dare concretezza ai valori sottesi alla disciplina contenuta nell'articolo 8 della legge 104 che, nel contesto dell'impegno ad una sempre più estesa deistituzionalizzazione dei disabili psichici, in consonanza con l'obiettivo, oggi ormai definitivamente realizzato, della soppressione dei manicomi, suggerisce che si realizzino “*affidamenti e inserimenti presso persone e nuclei familiari*”.

L'accoglienza in una famiglia diversa da quella di origine può infatti costituire una preziosa chance terapeutica per la persona sofferente di disturbi psichici che ha particolarmente bisogno di relazioni, attraverso cui percepire le proprie capacità e potenzialità. Per altro verso anche accogliere persone con disturbi psichici nella propria famiglia può rivelarsi gratificante per gli affidatari allorquando si riesca a concretamente aiutare persone che hanno bisogno, oltre che di farmaci e di psicoterapia, anche e principalmente di affetto e di normalità

Sulla scorta delle risultanze delle indagini, pare però, avendo richiamato la condivisibilità in astratto delle iniziative contemplate nel progetto IESA, doveroso sottolineare al contempo alcune carenze verificatesi nella concreta gestione del progetto riguardante il signor T. C. in quanto le stesse suggeriscono una riflessione di carattere più generale.

Viene in rilievo in primo luogo la tematica delle modalità di selezione e formazione delle famiglie affidatarie: modalità che, all'evidenza, si sono dimostrate insufficienti nella vicenda in esame, rivelando altresì profili di criticità di carattere più generale. Ha infatti riferito sul punto il dottor Aluffi (s.i.t. del 30 novembre 2016) che: *“La selezione viene inizialmente strutturata in due iniziali colloqui: il primo di carattere conoscitivo che ha finalità di presentare il servizio al candidato volontario ed un secondo molto approfondito su traccia semi strutturata, ove si arriva a far produrre al candidato un'autocertificazione riguardante le sue informazioni di carattere personale, comprensive anche di eventuali precedenti penali od amministrativi. . . Terzo step della selezione avviene con accurata visita domiciliare in cui si verificano le condizioni dell'abitazione e dell'eventuale stanza dedicata all'ospite, la presenza di tutti i coabitanti, condizione indispensabile per procedere oltre . . .”*

Le sopra descritte modalità di selezione, sostanzialmente circoscritte ad un colloquio (pur se approfondito), appaiono insufficienti rispetto all'obiettivo di consentire una ponderata valutazione di idoneità da parte del Servizio IESA e non prevedono, inoltre, alcuna minima formazione in favore del nucleo familiare. Anche a voler prescindere dalla infelice scelta del nucleo cui fu affidato il paziente T. C., va infatti osservato che condizione necessaria perché l'inserimento etero familiare possa essere benefico e terapeutico per l'ospite è che le persone cui esso viene affidato siano attitudinalmente vocate, dotate di capacità affettiva ed educativa ed adeguatamente formate per lo svolgimento del delicato compito che viene loro affidato. Ed è dunque opportuno, per un verso, che l'ascolto dei candidati sia articolato in una molteplicità di colloqui dedicati ad una approfondita indagine sull'attitudine vocazionale del nucleo familiare, e, per altro verso, che, una volta effettuata la scelta, si provveda ad un altrettanto approfondito percorso formativo.

A seguito della morte del T. C. risultano appuntate nei verbali delle riunioni degli operatori IESA alcune proposte di modifica ai criteri di selezione dei candidati. In particolare nel verbale della riunione del 12 gennaio 2017 viene annotato che: *“il dottor Aluffi ipotizza di aggiungere alle tre fasi attualmente previste nella selezione una quarta fase. In seguito alla visita domiciliare si farà confronto in equipe in cui ci si esprimerà in termini di pre - abilitazione. Chi verrà ritenuto idoneo accederà alla quarta fase che consisterà in un momento formativo in piccolo gruppo (5 – 10 persone) a cui parteciperanno il dottor*

Aluffi e tutti gli operatori (qualora possibile). In seguito verrà accordata o meno l'abilitazione del candidato. In tale momento formativo si forniranno indicazioni di base su temi importanti quali la somministrazione di farmaci e le misure di protezione (tutela, amministrazione ecc) e si proporranno attività in cui i caregivers possano mettersi in gioco dal punto di vista relazionale. . . "

Pare a chi scrive che le modifiche proposte, pur se positivamente indirizzate, non possano risultare soddisfacenti rispetto all'obiettivo di garantire selezioni più consone alle necessità di tutela dei pazienti e, quantomeno nella formulazione riassuntiva che si è esaminata, possano rivelarsi inadeguate anche sotto il profilo della formazione. Del tutto rassicurante pare invece il richiamo alla opportunità che le visite domiciliari siano effettuate congiuntamente da tutti gli operatori (proposta emersa nella riunione del 7.12.2016) e che le stesse siano effettuate a sorpresa (proposta emersa nella riunione del 15.12.2016)

Lo spettro dell'analisi del Difensore civico deve a questo punto, con attenzione critica, soffermarsi sulla tematica della maggiore o minore efficienza dei controlli che furono concretamente operati sull'andamento della relazione di convivenza tra T. C. ed il nucleo familiare dell'imputato R. F. .

Si tratta di controlli che vengono definiti in sentenza "**distratti**" e su di essi non si può fare a meno di formulare un giudizio di inidoneità, tenuto conto del fatto che gli operatori cui erano affidate le verifiche non furono in grado di sospettare, nonostante i plurimi indizi a loro disposizione, i gravissimi abusi perpetrati nelle mura domestiche del nucleo familiare dell'imputato, che sono stati descritti dalla sentenza di primo grado nei seguenti termini:

"Quella del rapporto tra C e R non è solo una storia di violenze e maltrattamenti, ma una storia di inimmaginabile crudeltà. . . il C. ha trascorso gli ultimi mesi della propria vita (quantomeno da aprile e novembre) quasi senza uscire di casa, pressoché sempre segregato in una stanza spoglia, nella quale, negli ultimi tempi, per punizione, non gli era neppure consentito vedere la televisione (cfr. memoria della madre del C., G. P., nella cartellina n. 32 bis, nella quale si legge: "Nell'ultimo periodo riuscì a dirmi che era stato messo in castigo (non poteva più vedere la televisione) perché non si era comportato bene e che Manuel gli aveva tolto la dentiera perché gli dava il voltastomaco pulirgliela").

Perfino durante i pasti T. C. rimaneva solo nella propria stanza, in quanto - come riferito dalla D. A. - il R. provava ribrezzo a stare a tavola con lui. Lascia senza fiato il racconto della C. G., che del rapporto di T. C. con il suo "care giver" fornisce la seguente descrizione: ' R. non permetteva a T. di uscire dalla sua stanza se non quando lo portava in bagno,.. Una sola volta R. ha fatto uscire T. dalla sua stanza facendolo sedere per terra in soggiorno per circa 10 minuti, poi lo faceva tornare, nuovamente nella sua stanza" .

Dal 28 giugno 2016 (ossia dalla sua richiesta di aiuto al 118) il T. C. era stato privato perfino del telefono cellulare che, sin da marzo, poteva usare solo per poco tempo e solo con il consenso del R.

La sua solitudine era pressoché totale.

Non stupisce quindi che i suoi comportamenti bizzarri, certamente difficili da gestire, fossero peggiorati.

Ma non basta.

Con il passare dei mesi, il dimagrimento del C. era risultato evidente a tutti, perfino alle distratte

operatrici dello IESA che gli facevano visita ogni 3 o 4 settimane, in quanto i pasti che il R. gli somministrava erano insufficienti per il suo fabbisogno (a tal proposito la C. G. ha spiegato: ‘...mi ricordo che Manuel cucinava pasta e verdura mettendo tutto assieme senza alcun condimento e lo dava da mangiare a T. mettendo tutto in una insalatiera che lui mangiava in camera sua da solo. A volte, quando T. faceva qualcosa che a R. non piaceva, non gli dava da mangiare né da bere’).

Il C., inoltre, veniva picchiato con sempre maggiore frequenza, in un modo che aveva reso insostenibile la vita nell'appartamento di C.so Belgio per la C. G., allontanatasi dall'abitazione dell'amica per l'impossibilità emotiva di convivere con tanta crudeltà e tanta sofferenza.

Le violenze, i pugni, i calci, erano ormai pane quotidiano per il C., un ‘trattamento’ che gli veniva riservato anche senza ragione, per il solo fatto che esisteva e viveva nella casa del R. (si riportano ancora le eloquenti parole della C. G.: ‘Mi ricordo anche che quando R portava T. in doccia per lavarsi, spesso lo vedevo colpire T. con violenti pugni, senza alcun apparente motivo’).

Nutrito poco, lasciato solo tutto il giorno, privato della possibilità di mettersi in contatto con i propri familiari, picchiato e umiliato in continuazione, impossibilitato a muoversi liberamente perfino all'interno dell'abitazione del R., il C. aveva ricevuto un trattamento che non dovrebbe essere riservato neppure ad un animale.

Né vale ad attenuare la posizione del R. la circostanza che il C. fosse un paziente difficile, che richiedeva cure continue, che non poteva essere lasciato solo e che, in definitiva, non avrebbe dovuto essere inserito in un progetto come quello dello IESA, atteso che il R. avrebbe avuto una facile via d'uscita dalla situazione in cui si era venuto a trovare: comunicare allo IESA la propria inadeguatezza a gestire le bizzarrie del C., concludere il progetto e, eventualmente, rendersi disponibile ad accogliere un paziente meno complesso”.

A fronte del contenuto delle testimonianze riportate in sentenza che esplicitano come i lividi e le escoriazioni presenti sul corpo del T. C. fossero conseguenza di ripetute percosse appare per il vero difficilmente giustificabile il convincimento, inspiegabilmente indenne da dubbi, che aveva invece indotto gli operatori tenuti al controllo a prestar fede ai racconti dell'imputato secondo cui: 1) il dimagrimento del T.C. era conseguenza di una maggior attenzione alla sua salute da parte del R. che intendeva, con un appropriato regime dietetico, contrastare *“le abbuffate compulsive osservate nell'ospite”* 2) lividi ed escoriazioni erano invece conseguenza, in un caso, di un incidente ascrivibile al T. C. che si era tirato un armadio addosso e, comunque, più in generale di una sua tendenza *“durante la notte”* a *“facilmente procurarsi danni fisici”*.

Invano il povero T. C. aveva tentato di convincere gli operatori chiamati a vigilare sul regime di affidamento ad allontanarlo dai suoi aguzzini. Si legge infatti nel verbale in cui si dà atto di una riunione degli Operatori lesa tenutasi nella data del 7 luglio 2016 che ***“(...) T riporta angosce e timore che qualcuno possa nuocergli. La dott. sa Gribaudo ha appurato che si tratta di tematiche deliranti”***.

Sulla base di quali indagini e di quali elementi fattuali un tale giudizio possa essere formulato non è dato sapere, tenuto conto della sinteticità del verbale: è certo però che l'attribuzione al povero T. C. di un'ideazione delirante con riferimento al timore di poter subire percosse dall'imputato fu il frutto di un

errore diagnostico ed interpretativo di chi era preposto a seguire quell'affidamento e che, invece, sulla incolumità del paziente avrebbe dovuto più sagacemente vigilare, in ragione della posizione di garanzia ricoperta.

Per questa ultima ragione appare davvero paradossale che, nel medesimo testo che si è prima citato, sia stato segnalato, appena due righe dopo, **“che in questa famiglia c'è una flessibilità rara nei caregiver lesa”**.

Va da ultimo segnalato che la Deliberazione della Giunta Regionale numero 29 del 19 settembre 2016, di revisione della residenzialità psichiatrica, nel formulare un impegno per l'estensione del progetto lesa a tutto il territorio regionale, ha altresì delegato la Direzione regionale della Sanità ad adottare uno specifico programma in materia in cui dovranno essere previste indicazioni riguardanti: 1) un percorso di selezione per le famiglie volontarie sulla base di apposito protocollo; 2) un percorso di formazione dei volontari organizzato dai servizi lesa; 3) un percorso di selezione dei pazienti candidati; 4) un percorso di abbinamento attraverso una accurata valutazione delle caratteristiche delle parti coinvolte e delle esigenze terapeutiche e riabilitative del soggetto; 5) avviamento della convivenza supportata o del progetto di frequentazione a tempo parziale e sua gestione finalizzata al raggiungimento degli obiettivi terapeutici e riabilitativi specifici

Conclusivamente, in ossequio ai compiti di controllo del buon andamento della Pubblica Amministrazione anche in materia sanitaria ed ai compiti di tutela della dignità della persona, entrambi affidati alla Difesa civica regionale, si ritiene doveroso rivolgersi al Direttore dell'Asl To 3, al Direttore Regionale della Sanità ed al Dirigente del Servizio lesa, ponendo le seguenti Raccomandazioni:

- 1) Attrezzare il Servizio lesa affinché possa provvedere ad un frequente ed efficace controllo del benessere dei pazienti e del rispetto della loro dignità, particolarmente prevedendo l'effettuazione di visite domiciliari a sorpresa
- 2) In attuazione della DGR 29 – 3944 DEL 2016 attrezzare il Servizio lesa affinché, in occasione delle selezioni dei nuclei familiari che offrono la propria candidatura per aderire al progetto, possa provvedere ad una accurata e scrupolosa verifica delle caratteristiche attitudinali, particolarmente delle capacità affettive ed educative, delle famiglie volontarie. Prevedendo inoltre un approfondito ed adeguato percorso formativo per le stesse, un attento abbinamento tra famiglie e pazienti ed una puntuale verifica sullo svolgimento di ciascun progetto.

3.3.2 Rilevanti novità normative in materia sanitaria

3.3.2.1 La Legge 8 marzo 2017 n. 24: Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie

3.3.2.1.1 Medicina e sanità: un conflitto di interessi reale o immaginario?

Medicina e sanità, salute e malattia, sono denominazioni che designano realtà complesse, fenomeni naturali ma anche sociali

L'idea di medicina rimanda a quella di salute: per statuto essa è l'insieme delle pratiche finalizzate a non perderla o a riacquistarla. La salute a sua volta rimanda alla medicina nel senso che essa è il bene che dipende, anche, dalle conquiste tecniche e scientifiche di questa specifica branca del sapere umano²⁴.

La medicina intesa come scienza (e/o tecnologia) costituisce peraltro solo una parte di una realtà più complessa in cui alla cura delle patologie ed alla loro prevenzione sono dedicate altresì rilevanti risorse umane, economiche e strutturali.

Risorse che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, si sono fatte via via più ingenti giungendosi a destinare all'apparato sanitario dei maggiori paesi industrializzati somme superiori al 10% del Pil: ciò soprattutto in conseguenza della crescente costosità delle strutture sanitarie. Ed un importante studio recente ci ricorda che le strutture ospedaliere sono più complesse di qualsiasi altra realtà produttiva o commerciale²⁵.

Tutti i sistemi sanitari di ispirazione solidaristica sono necessariamente oggetto di articolate disposizioni normative tese a disciplinare il loro funzionamento organizzativo, il riparto dei costi, i diritti degli utenti, le modalità di accesso ai servizi ed una molteplicità di ulteriori profili di carattere giuridico ed economico. Di alcuni di questi argomenti si tratterà nel prosieguo della presente relazione con riferimento all'attività svolta dall'Ufficio nel 2017 nell'ambito della proprie competenze nel settore sanitario.

In questo paragrafo si vuole invece preliminarmente dare conto dei contenuti di una importante novella legislativa varata nel corso del 2017 che, volendo affrontare il delicatissimo tema di una complessa crisi di identità della medicina moderna che si verifica -del tutto paradossalmente- proprio nel momento dei suoi maggiori successi tecnologici, intende coinvolgere l'istituzione della Difesa civica in una prospettiva di contrasto alle disfunzioni strutturali del sistema sanitario.

Una delle criticità che la novella intende affrontare riguarda l'ingravescente fenomeno della medicina difensiva conseguente al contenzioso giudiziario, civile e penale, riguardante ipotesi di responsabilità del personale sanitario per errori professionali.

²⁴ G. Cosmacini, Introduzione a *Storia della medicina e della Sanità in Italia*, Bari, 2015, pagina VII

Il tema obbliga ad una premessa: il “*progresso tumultuoso della medicina ha permesso, grazie allo sviluppo di farmaci, protesi, interventi chirurgici, indagini diagnostiche, servizi diffusi sul territorio, strutture e personale altamente specializzati, di guarire malattie fino a poco tempo fa considerate letali, di ridurre sofferenze e disabilità, di prolungare la vita ad un maggior numero di persone. Nel complesso la medicina attuale produce grandi benefici. . . Come sempre però ogni medaglia ha il suo rovescio e questa mole di esami e trattamenti, quando mal utilizzati, crea l’illusione di poter individuare qualunque problema, di poter curare ogni malattia. . .*”²⁶

Proprio grazie ai suoi successi la medicina moderna ha infatti generato una irragionevole spirale comunicativa che ne consolida, nell’immaginario collettivo, una presunzione di infallibilità e di onnipotenza. Con la conseguenza che il rischio presente nel corso -ed, a volte, in conseguenza- della cura, pur essendo in una certa percentuale fenomeno ineliminabile, è divenuto culturalmente inaccettabile. Il fondamento probabilistico della scienza medica e la sua soggezione al rischio sono infatti passati in secondo piano rispetto all’enfasi che, in ambito comunicativo, viene invece conferita alle possibilità legate ad una precoce prevenzione di tipo diagnostico ed alle continue innovazioni tecnologiche.

Nell’immaginario collettivo, segnala Antonio Bonaldi, presidente di Slow medicine²⁷, si sono radicate aspettative irrealistiche: non è vero infatti che tutte le procedure utilizzate nella pratica clinica siano efficaci e sicure o che l’uso di tecnologie sempre più sofisticate possa risolvere ogni problema di salute.

Proprio l’insoddisfatta aspettativa di onnipotenza nei confronti della medicina si è fatta concausa, in particolare negli ultimi anni, di un ingravescente fenomeno di contenzioso giudiziario promosso da pazienti o loro familiari che vede addebitati ai medici profili di responsabilità colposa, commissiva od omissiva, con riferimento a casi di fallimento terapeutico.

Si tratta di contenziosi di natura assai complessa, essendo affidato al responso giudiziario il compito di accertare una responsabilità individuale nella causazione dell’evento “avverso” che invece, molte volte, concorre con carenze delle strutture o con insufficienze della teoria scientifica applicata al caso concreto e con altri fattori preesistenti.

Il contenzioso è inoltre governato da una giurisprudenza che, rivisitando gli istituti che disciplinano la responsabilità sanitaria in chiave di maggior tutela della posizione del paziente, può apparire eccessivamente severa in particolare per quanto riguarda l’appesantimento degli oneri probatori posti a carico sia del professionista che delle strutture²⁸.

Secondo i dati più recenti pubblicati dall’Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari regionali le richieste di risarcimento motivate da ipotesi di responsabilità sanitaria riguardano due pazienti ogni cento ricoveri²⁹. Molte di queste liti in fieri trovano però soluzione in una composizione transattiva e la maggioranza dei processi (specialmente quelli celebrati in sede penale) si

²⁵ M. Crivellini e M. Galli, *Sanità e salute: due storie diverse*, Milano 2016, pagina 12

²⁶ Marco Bobbio, *Troppa medicina*, Torino 2017, pagina 8

²⁷ Ivi, pagina 10

²⁸ F. Gelli *La riforma “Gelli”: principi ispiratori e coordinate di base* in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Varese, 2017, pagina 5

²⁹ M. Bobbio, cit, pagina 100

conclude non ravvisando ipotesi di imprudenza, imperizia o negligenza, o, comunque, escludendone un nesso di causalità con l'evento.

Ciò nonostante è in crescita il timore dei medici nei confronti di una possibile censura giudiziaria al loro operato e tale preoccupazione produce il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva³⁰, ovvero della tendenza cautelativa del medico ad erogare prestazioni diagnostiche o terapeutiche non strettamente necessarie alla salute del paziente e mirate a potersi difendere, in sede giudiziaria, dimostrando di aver fatto tutto quello che si poteva per la tutela del paziente.

Un'indagine condotta presso l'Ordine dei medici di Roma utilizzando un campione rappresentativo di medici pubblici e privati indica come una percentuale che varia dal 53% al 78 % dei professionisti interpellati abbia dichiarato di prescrivere farmaci, visite specialistiche, esami di laboratorio, esami strumentali e ricoveri anche per il timore di ricevere una denuncia da parte dei pazienti³¹.

Il timore del contenzioso e la conseguente reazione difensiva sono anzitutto cagionate dalla messa in crisi del rapporto fiduciario tra medico e paziente. Una crisi che si origina per un verso nella spersonalizzazione della relazione tra le due figure all'interno delle strutture sanitarie, dall'altro in un crescente deficit comunicativo e in una scandalistica trattazione degli eventi avversi da parte dei media.

Quanto ai problemi comunicativi le numerose ricerche statunitensi³² dedicate al tema evidenziano come oltre l'85% di quanti abbiano avviato una procedura giudiziaria per responsabilità medica ritiene insoddisfacente la comunicazione ricevuta dai medici; e che una comunicazione sbrigativa sollecita sentimenti di rabbia mentre, al contrario, una buona capacità comunicativa non solo riduce i contenziosi legali ma crea una maggior soddisfazione dei pazienti e migliori risultati in termini di salute.

Quanto invece al ruolo dei media va condivisa la preoccupata diagnosi formulata nello studio che si è appena citato, secondo cui una lesione non occasionale alle dimensioni della fiducia che i cittadini complessivamente nutrono nei confronti dell'attività dei medici ad un'informazione dei media negativa e sensazionalista. *“Per i giornali esistono solo eccellenze e malasania: o viene raccontata una nuova scoperta che permetterà di guarire (chissà quando) malattie croniche o sono descritti scenari deprimenti di incuria, di cattiva assistenza e di errori medici. Poco spazio viene dedicato alle migliaia di casi che vengono affrontati e risolti ogni giorno negli ospedali e negli ambulatori: la foresta che cresce non fa notizia. Malasania è un termine osceno che comprende tutto quello che di negativo può capitare ad un paziente. L'errore medico si confonde con il ritardato arrivo dell'autoambulanza per il traffico cittadino, la mancanza di un posto letto con un trattamento incongruo. . . Una parola passe partout che accusa ma non spiega, che sollecita istinti vendicativi e affossa il rapporto di fiducia tra medico e paziente.”*

³⁰ F.Gelli. cit. pagine 7 e 8

³¹ ivi, pagina 9

³² una sintesi di queste ricerche è riportata da M. Bobbio, cit., pagina 108

3.3.2.1.2 La legge Gelli: le ragioni dell'intervento normativo

L'obiettivo principale della novella è quello di costruire un modello di gestione del rischio clinico rivolto a prevenire gli eventi avversi prima ancora che a disciplinarne gli effetti.

Con riferimento al tema della sicurezza delle cure l'articolo 1 della Legge 24, pubblicata l'otto marzo scorso, fa propri, nella buona sostanza, i suggerimenti contenuti in due atti del Consiglio d'Europa, formulati nel 2009 e nel 2014, aventi ad oggetto la *sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria*.

Si tratta di misure già in parte previste in capo alle strutture sanitarie dalla Legge di stabilità del 2016 che vengono confermate ed ampliate, prevedendosi che ogni struttura sanitaria è tenuta a predisporre annualmente, pubblicandola sul proprio sito internet, una relazione consuntiva sugli "eventi avversi" verificatisi al suo interno, sulle relative cause e sulle conseguenti iniziative assunte. E che tutte le strutture sanitarie sono tenute ad inviare agli istituendi Centri regionali per la gestione del rischio sanitario i dati sui rischi, gli eventi avversi e sul contenzioso pendente.

E' noto che il trattamento medico ed il ricovero nosocomiale, pur se finalizzati alla guarigione dei pazienti, possono invece (in una percentuale stimata dall'OMS all'incirca nel 10% dei casi) cagionare conseguenze negative od infezioni contratte nell'ambiente destinato alla cura. Tali evenienze costituiscono i c.d. eventi avversi, vale a dire gli "*incidenti con conseguenze negative per il paziente*" (la definizione è contenuta nella Raccomandazione Consiglio d'Europa del 9 giugno 2009). Essi devono essere contrastati, nelle intenzioni del legislatore, affidandosi non solo all'incremento delle competenze dei singoli operatori ma intervenendo sull'organizzazione nel suo complesso, dunque anche sugli aspetti *organizzativi, tecnologici o strutturali* del sistema. Ciò perché, come suggerito dai teorici dell'approccio sistemico alla sicurezza³³, gli errori dei singoli sono, non infrequentemente, conseguenti a fattori sistemici e dunque l'errore deve essere indagato anche comprendendo i meccanismi mentali e organizzativi che lo producono; residuando in capo alla giurisdizione il compito di accertare le responsabilità individuali.

Sulla scorta di questa impostazione già dal 2008 è stato istituito, presso l'Agenzia Nazionale dei Servizi Sanitari Regionali, l'Osservatorio Buone Pratiche per la Sicurezza dei Pazienti con il compito di individuare, raccogliere e rendere condivisi gli interventi di miglioramento in tema di sicurezza delle cure attuati dalle Regioni, da Organizzazioni sanitarie e da Professionisti.

Con l'articolo 3 le funzioni dell'Osservatorio (in cui confluiscono anche quelle dell'Osservatorio Nazionale sinistri e polizze assicurative) vengono ampliate e ad esse si aggiungono quelle di raccogliere i dati regionali relativi ai rischi ed agli eventi avversi e di individuare linee di indirizzo e misure per la prevenzione e gestione del rischio sanitario (utilizzando l'espressione rischio

³³ Per un cenno ai fondamenti della teoria sistemica si veda R. Tartaglia, Sara Albolino e Michela Tanzini, *Commento all'articolo 1*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, Quotidiano Sanità Edizioni, 2017

sanitario il legislatore ha verosimilmente voluto far riferimento non solo al rischio derivante da attività cliniche ma anche a quello complessivamente derivante dalle attività sanitarie, in primis al rischio di infezioni in occasione dei ricoveri ospedalieri).

I dati saranno raccolti dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente istituiti in ogni regione che, sulla scorta delle previsioni della Legge 208/15, hanno il compito di coordinare le attività di gestione del rischio sanitario in ciascun territorio regionale, a garanzia dell'equità ed omogeneità dei livelli di qualità e sicurezza delle prestazioni erogate.

Del tutto condivisibili, dunque, le osservazioni formulate nell'ambito di un primo commento sulle potenzialità della nuova normativa: *“In questo modo si chiude il cerchio. Grazie ai dati raccolti per l'identificazione del rischio e delle pratiche per la sicurezza condivise dalle Regioni, è possibile lavorare per fornire indicazioni sulle strategie di contrasto del rischio che non potranno più essere solo delle raccomandazioni generiche ma dovranno diventare, grazie anche alla partecipazione strutturata e sistematica di società scientifiche e associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie, strumenti concreti per orientare i comportamenti e l'organizzazione dei percorsi nei diversi contesti.”*³⁴

3.3.2.1.3 Gli interventi di modifica del regime dei responsabilità civile e penale degli esercenti le professioni sanitarie

Il secondo obiettivo della riforma è quello di rimodulare il regime della responsabilità, sia per quanto riguarda la responsabilità civile della struttura che per quella del personale sanitario, nei confronti del paziente.

La legge di riforma, all'articolo 7, qualifica espressamente la responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale, in ciò confermando un più che consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui tale responsabilità deriva dalla circostanza che l'accettazione del paziente nella struttura comporta, per ciò solo, la responsabilità della struttura ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile. In ipotesi di esito infausto della prestazione sanitaria l'azione di risarcimento intentata dal paziente deve dunque essere assistita dalla sola prova dell'inadempimento contrattuale, rimanendo a carico del convenuto provare che l'inadempimento sia derivato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad essa non imputabile.

La norma innova invece in profondità per quanto riguarda la responsabilità del medico, anch'essa precedentemente ricostruita dalla giurisprudenza a titolo di responsabilità contrattuale. Stabilisce infatti il terzo comma dell'articolo 7 che l'esercente della professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, dunque per responsabilità aquiliana: il che significa che, essendo in questo caso l'onere della prova del dolo o della colpa

³⁴ R.Tartaglia, S. Albolino e M. Tanzini, *Commento all'articolo 2, in Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, Quotidiano Sanità Edizioni, 2017

dell'operatore sanitario a carico del paziente, costui avrà interesse a citare in giudizio sempre (quando non esclusivamente) la struttura sanitaria. A meno che *“non abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”*

In sostanza l'obiettivo del legislatore è nel senso di alleggerire la posizione dei medici che svolgono la loro attività all'interno delle strutture sanitarie e nell'ambito di una organizzazione eterostrutturata, mantenendo invece la piena responsabilità contrattuale in capo ai soggetti che dispongono effettivamente del governo dei fattori di rischio connaturati alla loro attività. Volendosi affrontare il tema della responsabilità civile in modo più aderente all'effettivo ruolo giocato dal singolo operatore in una organizzazione complessa.³⁵

Ecco perché, nella logica dell'articolo 7, il soggetto che in prima battuta è chiamato al risarcimento è l'ente, che non solo ha un rapporto contrattuale diretto con il degente, ma è anche il titolare esclusivo delle scelte gestionali che connotano il sistema complesso in cui interagiscono i singoli operatori³⁶

La legge Gelli espone, tra le sue coordinate di base, anche l'aspirazione a depotenziare l'esercizio dell'azione penale nei confronti dei medici prevedendo, all'articolo 6, che *“qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, salvo, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*

La novella ha inteso dunque parzialmente depenalizzare i casi di omicidio e di lesioni colpose commessi nell'esercizio della professione sanitaria con colpa per imperizia che si collochino all'interno dell'area segnata dalle linee guida o da virtuose pratiche mediche, accreditate dalla comunità scientifica³⁷.

Occorre rammentare, con riferimento alle linee guida, che la giurisprudenza le ha definite come raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione per coadiuvare i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche; e che, per aver rilevanza esse devono indicare standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla miglior scienza medica a garanzia della salute del paziente.

L'efficacia scriminante delle linee guida rispetto a condotte imperite era già stata evocata, sia pure con una enunciazione non sufficientemente precisa, dalla Legge Balduzzi nel 2013 che aveva suscitato non poche critiche sul terreno prettamente scientifico, rilevandosi da parte di alcuni la eterogeneità delle fonti e l'opinabilità delle best practices³⁸, per questa ragione non assistite da una ontologica affidabilità.

³⁵ F. Gelli, cit., pag 13

³⁶ M. Hazan, *La nuova responsabilità civile in sanità*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., pagina 211

³⁷ F. Tonon, *Responsabilità penale dell'esercite la professione sanitaria* in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., pagina 188

³⁸ loc. ult cit pag. 190

La legge Gelli si propone di porre rimedio anche a questo profilo con una opzione normativa volta a favorire il più possibile la tassatività e la non opinabilità delle linee guida.

L'articolo 5 della legge prevede infatti che: *“gli esercenti delle professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con Decreto del Ministro della salute, da emanare entro centoottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida e pubblicate sul sito Internet dell'Istituto superiore di sanità”*

Le linee guida rappresentano dunque per i medici una sorta di direttiva scientifica la cui osservanza li pone al riparo da istanze punitive ma, al contempo, l'esercente professioni sanitarie ben può discostarsi da esse quando lo richiedano le particolarità del caso concreto.³⁹

Un ulteriore obiettivo della novella è quello di meglio modulare l'obbligo di assicurazione della responsabilità civile imposto ad esercenti professioni sanitarie e strutture: anche con lo scopo di mettere a disposizione dei potenziali danneggiati strumenti che agevolino l'esercizio dell'azione risarcitoria (azione diretta nei confronti dell'impresa assicurativa e non opponibilità da parte di questa nei confronti del danneggiato di eventuali eccezioni riguardanti il contratto assicurativo).

Va ancora segnalato che, sempre nell'ottica di un complessivo alleggerimento della posizione dei medici che svolgono la propria attività all'interno delle strutture sanitarie, è stato previsto che l'eventuale azione di rivalsa proponibile dalla struttura condannata a risarcire il paziente nei confronti del medico da essa dipendente sia limitata ai casi di dolo o colpa grave; e che essa soggiaccia al limite del triplo del reddito professionale conseguito dall'esercente la professione sanitaria nell'anno in cui inizia la condotta causativa dell'evento.

Vedremo con il tempo se il complesso delle disposizioni apprestate sarà stato in grado di ridurre il fenomeno della medicina difensiva. Sottolineandosi da parte di chi scrive l'auspicio di un ritorno al senso più profondo del rapporto di fiducia del paziente nei confronti del medico che soltanto una capacità di ascolto e di empatia da parte di quest'ultimo potrà essere in grado di garantire.

3.3.2.1.4 La legge Gelli e il ruolo del Difensore civico

Nel novero delle disposizioni introdotte dalla Legge 24 l'articolo 2, nel rispetto dell'autonomia delle Regioni, ha previsto che esse possano attribuire ai Difensori civici regionali una nuova funzione, quella di “Garante della salute”.

Da un punto di vista meramente lessicale si tratta di una novità ma, sia nella nostra Regione (Legge 47/1985) che in altre, le competenze della Difesa civica erano già state estese agli ambiti delle strutture amministrative del Servizio sanitario, tanto che,

statistiche alla mano, le richieste di intervento pervenute a questo Ufficio nella materia sanitaria superano nettamente quelle aventi ad oggetto altre materie.

Doveroso dunque domandarsi se la novella, per quanto riguarda i compiti del Difensore civico, potrà aggiungere, almeno per quanto riguarda il Piemonte, un *quid novi* anche sotto un profilo di sostanza.

Tenuto conto della latitudine della previsione formulata dalla Legge 24 molto dipenderà, ovviamente, dalle scelte che il Consiglio regionale riterrà di operare. Già da ora, volendo abbozzare una prima risposta sulla scorta di ciò che prevede l'articolato appena approvato, si può segnalare che la lettura del titolo dell'articolo 2 (*attribuzione della funzione di garante . . . e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio*) suggerisce l'idea che il legislatore abbia inteso collocare la funzione della difesa civica nello stesso ambito dei centri di gestione del rischio, dunque in una dimensione di contrasto alle disfunzioni del sistema sanitario.

Ad esplicita conferma di questa impressione si pone il dato letterale contenuto nell'articolato (comma 2, articolo 2): al Difensore civico i cittadini possono rivolgersi "*per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria*", con ciò superando la nozione, formalmente più restrittiva, contenuta nella legge 47/85 della nostra Regione che si riferiva alle sole "*strutture amministrative*" della sanità.

Con le nuove norme il legislatore nazionale sembrerebbe dunque aver voluto delineare una sfera di intervento del Garante della salute a tutela di un interesse collettivo alla qualità, alla efficienza, ed al buon funzionamento dei servizi forniti dal sistema sanitario: un controllo non solo dell'attività posta in essere dall'amministrazione regionale in materia di sanità ma anche esteso a ciò che accade (o non accade) nella quotidiana erogazione dei servizi ai cittadini. Costoro, nelle Regioni che opteranno per l'attribuzione all'Ombudsman della funzione di garante della salute, dovrebbero infatti potersi a lui rivolgere sia per prospettare una problematica di carattere generale, sia per richiedere un intervento dell'Ufficio volto alla tutela di un proprio "*diritto lesa*" (articolo 2, comma 3)

Potrebbe la richiesta di intervento riguardare un'ipotesi di risarcimento di un danno ascrivibile ad una responsabilità professionale oppure diritti ed interessi tutelabili dal Garante dovranno avere indole esclusivamente pubblicistica ?

Sul punto va segnalata la disciplina già introdotta dalla Regione Toscana che, nel contesto di un aggiornamento normativo dell'attività di difesa civica (Legge 219/09), ha stabilito, all'articolo 17, la competenza dell'Ufficio anche allorché "*il reclamo abbia ad oggetto ipotesi di responsabilità professionale degli operatori sanitari e l'utente non sia soddisfatto della risposta ricevuta dall'azienda*". Con una successiva delibera di Giunta (la numero 1234/11) la Regione Toscana, nel disciplinare la procedura di gestione diretta del contenzioso da parte delle aziende

³⁹ Per un approfondimento si veda Cass. Pen. , Sez VI, 29 gennaio 2013, numero 16237

sanitarie, ha poi previsto⁴⁰ in capo al Difensore civico anche la possibilità di svolgere un ruolo di facilitatore dell'accordo tra il cittadino ed ASL in caso di trattativa volta alla determinazione del quantum risarcitorio.

L'attività concretamente svolta dall'Ufficio del Difensore civico della Toscana viene così descritta da un autorevole funzionario di quell'Ufficio⁴¹, sulla scorta dell'esperienza maturata: *“L'attività consente da un lato di fornire in ogni caso agli utenti una indicazione pre-contenziosa, sull'effettiva fondatezza del loro sospetto di essere stati 'curati male', dall'altro, anche dove il riscontro è negativo, di potere accertare se, a prescindere dall'assenza di nesso di causalità tra comportamento posto in essere dai sanitari e presunto evento dannoso, vi siano comunque criticità sulle quali intervenire. . . il Difensore civico della Regione ha potuto avvalersi della consulenza medico legale delle strutture pubbliche (e delle strutture specialistiche di riferimento da questi interpellate) di aziende sanitarie ed ospedaliere universitarie (ovviamente diverse da quelle in questione), con collaborazioni i cui oneri economici sono posti a carico della Regione Toscana, interessata alla deflazione del contenzioso. . . L'Ufficio non si limita ad attivare la consulenza medico legale. La procedura prevede infatti che il Difensore civico acquisisca, oltre alla documentazione clinica relativa al caso, anche la versione dei fatti della struttura coinvolta, rendendo quindi possibile un contraddittorio. . . Con Delibera Giunta Regionale Toscana 1234/2011 si è previsto che . . . l'utente possa avvalersi del Difensore civico 'per favorire l'accordo tra le parti' . . .*

Pare a chi scrive che l'esperienza sviluppatasi nella Regione Toscana, sia con riferimento ad un'attività di precontenzioso che di facilitazione della ricerca di una soluzione transattiva in ordine al quantum del risarcimento ed in presenza di un contenzioso già avviato tra azienda sanitaria ed utente, non possa essere presa a modello per la funzione di Garante della salute affidata ai Difensori civici dalla Legge Gelli.

La trattazione delle questioni riguardanti la responsabilità del personale sanitario e delle aziende in ordine alla presunta causazione di danni e la quantificazione degli stessi, è infatti affidata alla giurisdizione ordinaria e tale deve rimanere, pena una commistione di ruoli, comportanti da un lato un obbligo di terzietà, dall'altro lato una necessità di attenzione alle ragioni dell'utente, che difficilmente potrebbe giovare alla individuazione di una trasparente funzione del Difensore civico. Né apparirebbe appropriato affidare ai Garanti della salute un ulteriore intervento di prevenzione del contenzioso, che inevitabilmente risulterebbe duplicativo dei compiti che l'articolo 8 della Legge affida agli strumenti del procedimento di mediazione o del tentativo obbligatorio di conciliazione.

⁴⁰ Tartaglia, cit., pagina 92

⁴¹ Vittorio Gasparini, *Il difensore civico quale Garante per la salute, in Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, cit.

Quali dunque i possibili contenuti della funzione di “Garante della salute” che dal legislatore nazionale è stata disciplinata in termini generali e che dovrà invece essere oggetto di una disciplina di maggior dettaglio, il più possibile omogenea nell’intero territorio nazionale?

In essa potrebbe prevedersi che oggetto dell’intervento dei Difensori civici possano essere non solo gli *“atti o comportamenti con i quali si nega o si limita la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria”* (articolo 14, comma 5, Decreto Legislativo 502/92) ma anche tutte le violazioni della dignità del cittadino utente in occasione della fruizione di prestazioni sanitarie (si pensi, ad esempio, all’abuso di strumenti di contenzione al di fuori delle ipotesi di stato di necessità disciplinate dal codice penale od alle condizioni di funzionamento delle strutture di pronto soccorso a volte lesive del decoro e della riservatezza degli utenti). Ed ancora la vigilanza sul rispetto della effettività dei livelli essenziali di assistenza.

Una impostazione, questa, tratteggiata dalla Regione Calabria con le disposizioni introdotte dalla legge 22 del 2008 che aveva istituito l’Ufficio del Garante della salute, prevedendo di affidargli il compito di *“vigilare sul rispetto della personalità e della dignità del cittadino in rapporto alla fruizione dell’assistenza sanitaria e socio-sanitaria”* e di *“tutelare la funzionalità e l’efficacia nell’erogazione delle prestazioni, le condizioni materiali e organizzative delle strutture e dei presidi sanitari”* ma che poi, per quanto consta, non ha trovato concreta applicazione.

Conclusivamente: cosa suggerire al Consiglio regionale del Piemonte nell’ipotesi in cui, nel confermare quanto già previsto dalla Legge 47/85, ritenga di ulteriormente ampliare la sfera dell’intervento dell’Ombudsman affidandogli una facoltà di controllo avente ad oggetto la funzionalità, l’organizzazione, l’appropriatezza delle strutture e dei presidi sanitari e socio sanitari, delle regole che ad esse vengono dedicate, dei controlli ispettivi, e di tutto ciò che abbia a che fare con l’erogazione delle prestazioni per la salute ?

Si tratta, all’evidenza, di ambiti di intervento vastissimi, la cui trattazione esige complesse competenze sia di carattere medico che amministrativo. La riforma, ancora una volta, impone l’invarianza finanziaria (articolo 18): si potrebbe dunque utilizzare l’esistente, mettendo a disposizione dell’Ufficio del Difensore civico, sotto forma di consulenza, i saperi e l’esperienza di Dirigenti medici ed amministrativi delle ASL, delle Aziende Ospedaliere, degli Assessorati competenti (come già avviene nella Regione Toscana sulla scorta della già citata Legge 219/09). A garanzia della indispensabile indipendenza delle valutazioni operate dai soggetti chiamati ad una siffatta collaborazione potrebbe prevedersi a loro carico l’obbligo di rendere la consulenza in sintonia con i principi deontologici che disciplinano l’attività dell’Ufficio del Difensore civico e di impegnarsi a rimanere immuni da ogni condizionamento potenzialmente proveniente dalle strutture di appartenenza.

Così pure si potrebbe prevedere di proseguire un’esperienza già avviata da chi scrive⁴², utilizzando le consulenze di Docenti e Professionisti fiduciarmente scelti dall’Ombudsman che,

⁴² Se ne è dato atto nella relazione per l’anno 2016 a pagina 192

mettendo a disposizione a titolo gratuito il proprio sapere, intendano manifestare condivisione di intenti con le finalità dell'istituto della difesa civica.

3.3.2.2 La legge 22 dicembre 2017 n. 219 “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”: svolta importante per la piena realizzazione del diritto di ciascuno di noi a decidere sulle cure che lo riguardano

È stata pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17 gennaio scorso il testo della Legge 22 dicembre 2017, numero 219, avente ad oggetto “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate*”

Ha dunque superato il traguardo un provvedimento normativo contraddistinto da una indiscutibile complessità e dalla circostanza di essere stato sottoposto ad un particolarmente approfondito contraddittorio parlamentare, ineliminabile conseguenza delle diverse e delicate motivazioni riguardanti scelte i cui principi ispiratori mutano sensibilmente in funzione delle convinzioni morali e religiose di ciascuno.

Il 20 aprile 2017 era stato approvato alla Camera dei Deputati un testo unificato, frutto della convergenza di diversi disegni di legge depositati a partire dal 2013 e della discussione che su di essi era stata condotta nella Commissione Sanità: a molti era sembrato che quell'articolato avesse raggiunto un delicato punto di equilibrio⁴³, realizzando la sintesi di un lungo e complesso percorso scientifico culturale, prima ancora che normativo, che aveva saputo comporre esigenze eterogenee ed offrire soluzioni grandemente rispettose delle esigenze dell'etica.

Il transito del provvedimento normativo alla Commissione Sanità del Senato e la presentazione di un gran numero di emendamenti avevano fatto temere, nei mesi scorsi, che non si riuscisse a perfezionare il varo del provvedimento prima dello scioglimento delle Camere, tanto che su alcuni quotidiani di rilievo nazionale era comparso un appello sottoscritto dai Senatori a vita Elena Cattaneo, Mario Monti, Renzo Piano, Carlo Rubbia con cui veniva formulato l'auspicio di una sollecita approvazione del disegno di legge.

Da più di cinque mesi -lamentavano i quattro Senatori- il disegno di legge è impantanato nella Commissione Sanità del Senato. . . tremila emendamenti (in massima parte ostruzionistici) e discussioni infinite ostacolano la definitiva approvazione di una legge che. . . tutela la dignità di tutti. . . Mentre il resto del mondo sviluppato dibatte di ulteriori forme di disciplina della materia, il nostro paese resta orfano di quella che è ormai una soglia minima di regolamentazione sul diritto alle disposizioni anticipate di trattamento. Non è più ammissibile, dopo i casi Englaro, Welby, Nuvoli e migliaia di altri meno noti ma altrettanto degni di considerazione che i cittadini italiani non possano scegliere, facendo affidamento

⁴³ Si veda, in particolare, l'articolo di Chiara Saraceno, pubblicato sul quotidiano Repubblica lo scorso 29 settembre ed intitolato *Eutanasia dei diritti*

sulla chiarezza di una legge, come autodeterminarsi in una questione fondamentale, letteralmente di vita e di morte, che riguarda ognuno di noi

Nei paragrafi successivi si cercherà di dare conto delle novità introdotte dalla legge e del contesto storico scientifico nel cui alveo esse sono maturate, segnalando il significato che esse assumono per la piena realizzazione del diritto di ciascuno di noi a decidere, informatamente, sulle cure che lo riguardano ed anche per una rivalutazione, in chiave non paternalistica, della importanza di una relazione tra medico e paziente sempre più improntata alla fiduciarità.

3.3.2.3 Il consenso informato

Scopo del consenso informato è di proteggere l'autonomia del paziente e di promuoverne la partecipazione alle decisioni che lo riguardano.

L'articolo 1 della legge formula, per la prima volta, una definizione generale ed astratta del consenso informato la cui disciplina era stata fino ad oggi frutto, principalmente, di un'elaborazione giurisprudenziale che ne aveva individuato contenuto e limiti.

Sulla ratio dell'istituto era peraltro autorevolmente intervenuta la Corte costituzionale, con la sentenza 438 del 2008, stabilendo che il consenso del paziente è un diritto della persona e costituisce principio fondamentale in materia di diritto alla salute, trovando fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della costituzione, la cui *"conformazione è rimessa alla legislazione statale"*.

A quegli enunciati, in assenza dell'invocato intervento legislativo, si sono poi giustapposte molteplici decisioni della Cassazione volte a valorizzare l'esigenza del consenso a tutela della libertà di scelta del paziente⁴⁴ ed anche una specifica disciplina di natura deontologica (da ultimo si veda la formulazione contenuta negli articoli 33 e 35 del codice deontologico medico)

Vanno anche sottolineati i contributi di assoluto valore elaborati dal Comitato Nazionale di bioetica che ha trattato in più occasioni del problema, fornendo indicazioni preziose cui ha attinto anche l'odierno legislatore.

Nella presentazione al parere reso il 20 giugno 1992 in tema di *"Informazione e consenso all'atto medico"* era stato osservato dall'allora Presidente del Comitato, Adriano Bompiani, che il rapporto medico paziente è fortemente squilibrato perché si stabilisce tra soggetti ineguali in termini di competenza tecnica e che volendo riconquistare una dimensione di maggior equilibrio occorre anzitutto esaltare la necessità di fornire un'accurata ed analitica informazione al paziente sugli aspetti della malattia, sul decorso, sulle finalità del piano di cura proposto, sulle alternative possibili, sulle modalità, sui rischi e benefici dei singoli interventi diagnostici e terapeutici.

Riflessioni queste tutte analiticamente sviluppate nell'ambito di quella relazione ed oggetto di aggiornamento ed approfondimento nel successivo parere del 24 ottobre 2008⁴⁵, nelle cui conclusioni si legge: *"Il medico è destinatario di un fondamentale dovere di garanzia nei confronti*

⁴⁴ Tra le più rilevanti si segnalano le sentenze 364 del 15 gennaio 1997, 20806 del 29 settembre 2009, 27751 dell'11 dicembre 2013

⁴⁵ Il parere è intitolato *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*

del paziente e deve sempre agire previo consenso di quest'ultimo rispetto al trattamento attivato. Fra i doveri etici, giuridici e professionali del medico rientra anche la necessità che la formale acquisizione del consenso non si risolva in uno sbrigativo adempimento burocratico ma sia preceduta da un'adeguata fase di comunicazione ed interazione fra il soggetto in grado di fornire le informazioni necessarie (il medico) ed il soggetto chiamato a compiere la scelta (il paziente)”

L'articolo 1 del testo ora pubblicato consacra dettagliatamente ruolo e funzione del consenso informato, formalizzando l'abbandono culturale di ogni residua concezione paternalistica della scienza medica e del paradigma ippocratico secondo cui la pratica medica non necessiterebbe di per sé di un tale consenso, giacché la competenza medica basterebbe a stabilire il da farsi a prescindere da ogni decisione del paziente, il cui “bene oggettivo” sopravanzerebbe qualsivoglia altra considerazione⁴⁶.

Nell'architettura della nuova legge il consenso informato costituisce, al contrario, il momento e la sede in cui il paziente acquisisce le informazioni necessarie per manifestare la sovranità sul proprio corpo: la somministrazione di qualsivoglia terapia deve essere infatti preventivamente accettata e può, successivamente all'accettazione, essere rifiutata in qualsiasi momento.

.Dopo aver premesso che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero ed informato della persona interessata il disposto dell'articolo 1 affronta il tema della complessità della relazione di cura, stabilendo che il consenso è atto fondante dell'alleanza terapeutica, incontrandosi in esso l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”.

Enunciazione questa che si presenta come una felice sintesi, connotata da una formulazione particolarmente accorta, dell'elaborazione giurisprudenziale, dottrinale e deontologica della nozione di consenso informato.

Ad essa il legislatore ha poi aggiunto la considerazione del rilievo da attribuirsi alla cerchia familiare del malato che può essere coinvolta, ove il paziente lo desideri, nella relazione di cura e fiducia con il medico. Ed anche la previsione della necessità che il consenso informato sia prestato in forma scritta oppure, ove ciò non sia possibile, attraverso videoregistrazione od altro, adeguato, dispositivo che consenta alla persona con disabilità di comunicare.

Volendo sottolineare l'importanza del consenso informato quale snodo fondamentale per la realizzazione di un'effettiva alleanza terapeutica il legislatore ha anche stabilito che il tempo della comunicazione tra medico e paziente “costituisce”, esso stesso, “tempo di cura e che “*la formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e comunicazione con il paziente. . . .*”⁴⁷

⁴⁶ c.f.r. Maurizio Mori, *Introduzione alla bioetica*, Torino 2014, pagina 127 e ss

⁴⁷ Commi 8 e 9 dell'articolo 1

3.3.2.3.1 Il rifiuto delle cure

Il legislatore ha poi disciplinato il delicato tema della rinuncia alle cure stabilendo che ogni persona capace d'agire ha diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia od anche singoli atti del trattamento stesso. Ed anche di revocare, in qualsiasi momento, un consenso precedentemente prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. A fronte dell'enunciazione del diritto al rifiuto il legislatore ha previsto un correlativo obbligo del curante che è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale.

Evidente dunque la cesura con ogni concezione paternalistica del relazione medico - paziente: solo a quest'ultimo spetta l'ultima parola sulla scelta delle cure che lo riguardano, senza per altro verso, che gli venga conferito un diritto all'eutanasia, essendo esplicitamente escluso che possano essere da esso pretesi trattamenti contrari a norme di legge⁴⁸.

Il legislatore ha espressamente incluso nel novero delle cure mediche, consentendo dunque anche in questo caso il rifiuto del paziente, anche *la nutrizione e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*.

Si tratta di trattamenti che in molti casi, pur non potendo essere a rigore annoverati tra le condotte di accanimento clinico, non sono in grado di migliorare le condizioni di vita del paziente ma possono invece solamente prolungare la sua malattia, dall'esito inesorabile.

La scelta del legislatore è stata dunque netta ed ha comportato una presa di posizione definitiva rispetto a questioni che avevano in precedenza diviso le coscienze, anche all'interno del Comitato Nazionale di Bioetica, essendo stato sostenuto⁴⁹ da alcuni che quei trattamenti, quando non risultino gravosi per il paziente, costituirebbero sempre e comunque atti eticamente doverosi e non rinunciabili da parte di costui, nella misura in cui, se proporzionati alle condizioni cliniche, contribuirebbero ad eliminare le sofferenze del malato terminale mentre la loro omissione realizzerebbe una ipotesi di eutanasia passiva.

Va a questo punto rammentato che sulla tormentata evoluzione della cultura della società civile con riferimento al tema del diritto all'interruzione delle cure ha certamente influito la vicenda umana e giudiziaria di Pier Giorgio Welby che, nello scorso decennio, coinvolse emotivamente larga parte dell'opinione pubblica del nostro paese.

Welby, malato di SLA da oltre vent'anni e ben consapevole dell'aggravarsi della malattia e dell'inarrestabile peggioramento delle proprie condizioni (testimoniato da ultimo dall'impossibilità di continuare ad utilizzare il computer), chiese, nel settembre 2006, l'interruzione della ventilazione artificiale che lo teneva in vita e di essere preventivamente sedato per evitare il dolore terminale, accompagnando l'istanza con una toccante lettera indirizzata al Presidente della Repubblica e con un libro, intitolato "*Lasciatemi morire*", in cui raccontava la propria drammatica esperienza.

⁴⁸ Nel nostro ordinamento, come è noto, all' articolo 580 c.p. sono puniti sia l'istigazione che l'aiuto al suicidio.

⁴⁹ Parere del CNB, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, pagina 11

Per alcuni quella sua richiesta apparve manifestare una opzione di eutanasia attiva, vietata dall'ordinamento, in quanto il rifiuto della prosecuzione della ventilazione doveva in realtà considerarsi una positiva richiesta di morte per omissione di una terapia dovuta.

Nel dicembre del 2006 il Giudice del Tribunale civile di Roma, cui nel frattempo Welby si era rivolto presentando un ricorso di urgenza volto a far ordinare ai medici che lo avevano in cura di interrompere la terapia di assistenza respiratoria, ne dichiarò l'inammissibilità.

Le sofferenze fisiche e morali non erano però ulteriormente sopportabili e Welby, assistito dall'associazione Luca Coscioni, rintracciò nella persona dell'anestesista Mario Riccio, il soggetto che lo avrebbe aiutato, pochi giorni dopo, ad esaudire il desiderio di distacco dall'apparato di ventilazione artificiale previa sedazione

Vanno particolarmente menzionate, segnalandone la chiarezza espositiva, le articolate motivazioni con le quali la sentenza del GUP del Tribunale di Roma, dott. sa Zaira Secchi, ebbe a prosciogliere il dottor Riccio dall'accusa di omicidio del consenziente⁵⁰ in applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere, dovendosi ritenere che la condotta di chi rifiuta una terapia salvavita costituisca esercizio di un diritto soggettivo riconosciutogli in ossequio al divieto di trattamenti sanitari coatti preveduto dall'articolo 32, secondo comma della Costituzione.

Così pure vanno ancora rammentate le riflessioni svolte dal Comitato Nazionale di Bioetica nel 2008: *“Come è noto, la moderna scienza medica e biotecnologia dispongono di strumenti di intervento in grado non semplicemente di prolungare ma di trasformare profondamente il modo stesso di vivere la malattia fino ai momenti terminali dell'esistenza, aprendo così inediti spazi di scelta per il paziente. Questi è infatti chiamato a scegliere non solo tra le tipologie e modalità di cura disponibili ma anche, consapevolmente e nei limiti di legge, a rifiutarle o a rinunciare ai trattamenti medici già in corso”*⁵¹

Occorre però distinguere -ammoniva il CNB in quell'elaborato- tra il caso in cui il rifiuto o la rinuncia al trattamento non comportino il decesso del paziente e quello in cui essi appaiano invece, sulla base di un rapporto causa-effetto, elementi determinanti rispetto alla morte del paziente o ad una forte accelerazione del processo letale. Anche in questa seconda ipotesi -sottolineava il parere- l'ordinamento vigente non ammette l'imposizione di un trattamento autonomamente e coscientemente rifiutato dal paziente, pur se necessario al suo mantenimento in vita. Ciò nel solco di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza 238 del 1996 secondo cui il diritto a non subire trattamenti medici non voluti è inviolabile, rientrando nel novero dei valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita ed alla integrità fisica, con il quale concorre a creare la matrice prima di ogni altro diritto costituzionale protetto della persona.

Quell'elaborato da peraltro atto dell'approfondito contraddittorio svoltosi sul punto all'interno del Comitato: alcuni membri chiesero infatti venisse menzionata la propria opinione dissenziente

⁵⁰ La sentenza, pronunciata il 23 luglio 2007, non fu impugnata dalla Procura della Repubblica di Roma che, peraltro, già in precedenza aveva formulato una richiesta (non accolta) di archiviazione del procedimento

⁵¹ Parere CNB 24 ottobre 2008, citato, pagina 4

sull'affermazione di un incondizionato diritto alla rinuncia alle cure perché consentirebbe un atto di disposizione, sia pure di carattere omissivo, della propria vita.

A prevalere su categorie valutative di un tale tenore non può che essere però il dato di diritto positivo rintracciabile nel disposto del secondo comma dell'articolo 32 che, correttamente e con enunciazioni adeguate alle problematiche scientifiche e tecnologiche della medicina dei nostri tempi, è stato fatto proprio dal legislatore: le malattie con esito inesorabile costituiscono un aspetto dell'esistenza ed accettare che esse facciano il proprio corso, rinunciando alle terapie, non rappresenta la trasgressione di un imperativo morale ma la consapevole accettazione dei limiti intrinseci all'esistenza umana

3.3.2.3.2 Il tema della dignità nella fase finale della vita

L'articolo 2 della nuova legge è dedicato al tema della terapia del dolore e a quello, ad esso collegato, della dignità del fine vita.

Sempre di più i successi della scienza e della tecnologia medica rischiano infatti di produrre esiti di sofferenza e solitudine nel fine vita: vi sono casi in cui i pazienti trascorrono i loro ultimi giorni o settimane o mesi circondati da macchinari complicati in un ambiente freddo ed impersonale, affidati ad infermieri esperti che non hanno però il tempo di intrattenere una relazione con il paziente che possa alleviare la sua solitudine di fronte alla morte.

Ecco perché "si è cominciato a dire che invece che invece di aggiungere anni alla vita è doveroso tentare di aggiungere vita agli anni. Arrivati a un certo stadio della malattia gli sforzi devono essere diretti alla creazione di un'atmosfera serena e familiare che consenta a una persona di vivere nel miglior modo possibile le fasi finali della vita. Infatti anche quando non è più possibile guarire, resta pur sempre ampio spazio per la cura e ci si deve prendere cura del paziente . . per consentirgli una buona morte".

Sono i principi della medicina palliativa, affermatasi negli ultimi decenni, che si propone di garantire una morte dignitosa e serena e di evitare quella che è stata definita, con espressione assai efficace, una "condizione infernale"⁵², vale a dire un fine vita caratterizzato da persistenti dolori terminali ed in cui si sia persa ogni speranza di ritornare ad uno stato normale.

I principi della palliatività sono stati fatti propri dalla nuova legge che ha stabilito espressamente un **obbligo** di carattere generale in capo al medico di adoperarsi per alleviare le sofferenze ed una **facoltà**, in presenza di sofferenze divenute refrattarie ad ogni trattamento sanitario, di ricorrere, con il consenso del paziente, alla sedazione profonda in associazione con la terapia del dolore. E' stata dunque normativamente riconosciuta quella necessità che i doveri deontologici del medico si estendano anche all'alleviare la sofferenza ed all'assistere nel morire, di cui già aveva sottolineato l'importanza il CNB⁵³

⁵² Mori, citato, pag 186, definisce la condizione infernale come quella situazione caratterizzata da persistenti dolori terminali in cui è persa ogni ragionevole speranza di ritornare ad uno stato normale

⁵³ Parere 24 ottobre 2008, citato, pagina 16

3.3.2.3.3 Le disposizioni anticipate di trattamento

Va segnalato anzitutto che la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina firmata ad Oviedo nel 1997 dagli Stati membri dell'Unione⁵⁴ aveva già previsto all'articolo 9, con riferimento al tema della sopravvenuta impossibilità del paziente ad esprimere il consenso alle cure, che occorra in quei casi prendere in considerazione i desideri precedentemente espressi da costui.

Nel parere del Comitato Nazionale di Bioetica⁵⁵ intitolato "Dichiarazioni anticipate di trattamento" e redatto nel 2003 si riferiva della situazione di incertezza del diritto determinata dall'assenza nell'ordinamento italiano di una analoga disciplina. Osservandosi altresì che la più ampia partecipazione dei cittadini nelle decisioni che li riguardano si dovrebbe applicare a tutto l'arco del processo di cura ma essa è particolarmente richiesta quando il soggetto sia privato delle proprie facoltà cognitive, trovandosi così a dipendere interamente dalla volontà di altri in situazioni in cui il trattamento medico potrebbe mettere in discussione la vita o la qualità della vita. Le dichiarazioni anticipate di trattamento costituiscono dunque una risorsa importante, in grado di "favorire una socializzazione dei momenti più importanti dell'esistenza ed evitare che *l'eventuale incapacità del malato possa indurre i medici a considerarlo, magari inconsapevolmente e contro le migliori intenzioni, non più una persona con la quale concordare il programma terapeutico ottimale ma soltanto come un corpo da sottoporre ad anonimo trattamento . . . La finalità fondamentale delle dichiarazioni è, quindi, quella di fornire uno strumento per recuperare al meglio, nelle situazioni di incapacità decisionale, il ruolo che ordinariamente viene svolto dal dialogo informato del paziente col medico . . . E' come se, grazie alle dichiarazioni anticipate, il dialogo idealmente continuasse anche quando il paziente non possa più prendervi consapevolmente parte.*"

Queste le ragioni dell'importanza della introduzione nel nostro ordinamento positivo delle DAT che il legislatore ha così disciplinato nell'articolo 4, primo comma, della legge: "*Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto a scelte diagnostiche o terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, comprese le pratiche di nutrizione e idratazioni artificiali. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominato 'fiduciario', che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie*"

Già in queste prime righe si coglie l'importanza delle scelte operate dal Parlamento con riferimento a problematiche oggetto di attento esame e discussione nel corso dell'iter di approvazione. Il termine volontà sostituisce infatti, nel testo definitivamente approvato, l'espressione *convinzioni* e

⁵⁴ La convenzione fu ratificata con legge 145 del 23 marzo 2001

⁵⁵ Parere 24 ottobre 2008, pagina 4

preferenze, inizialmente contemplata nel disegno di legge che così traduceva le espressioni *souhais* e *wishes* già utilizzate dalla Convenzione di Oviedo.

Il legislatore ha dunque ritenuto di sciogliere il dilemma tra carattere orientativo o vincolante delle disposizioni anticipate in favore della seconda opzione, prevedendo altresì, al successivo comma 5, che *il medico è tenuto al rispetto delle DAT*.

Le dichiarazioni potrebbero però essere state formulate con ambiguità di indicazioni oppure non essere più attuali per un diverso atteggiarsi della patologia che affligge il paziente od anche per la sopravvenienza di nuove acquisizioni scientifiche e di nuove tecniche di trattamento che rendano curabile -o comunque diversamente curabile rispetto alle esigenze del paziente- una patologia precedentemente conosciuta come irrimediabile⁵⁶

Ecco perché la medesima norma stabilisce alcune eccezioni alla regola della vincolatività: le dichiarazioni anticipate *“possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla situazione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”*.

In tali ipotesi entra in campo la figura del fiduciario, chiamato a fungere da interlocutore del medico nella prevista ipotesi di una sopraggiunta incapacità a determinarsi del paziente. Una figura, quella del fiduciario, proveniente dall’esperienza statunitense, che il legislatore ha inteso disegnare come una cerniera tra le intenzioni a suo tempo esplicitate dal paziente nelle dichiarazioni e le strategie terapeutiche che il medico intenda adottare nell’attualità della cura: chiamandolo a svolgere un’attività assimilabile a quella dei familiari ma caratterizzata da una più intensa legittimazione giuridica del fiduciario (che può anche essere un parente) conseguente allo specifico mandato ricevuto.

Il fiduciario assume dunque il ruolo di compartecipe della relazione di alleanza terapeutica in sostituzione del paziente ma occorre segnalare che la delega in suo favore non svolge un’efficacia illimitata: il legislatore ha infatti previsto, per l’ipotesi in cui si verifichi una divergenza tra le valutazioni terapeutiche del medico e le opinioni del fiduciario, che non siano queste ultime ad avere la meglio come invece accadrebbe qualora il contrasto si verificasse tra paziente e medico.

In ipotesi di divergenti punti di vista tra fiduciario e medico, la decisione sul da farsi è infatti, del tutto condivisibilmente, affidata dal legislatore al Giudice Tutelare.

⁵⁶ *ivi*, pagina 12

4. AREA EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA

4.1 Panoramica generale sugli interventi del Difensore civico e, in particolare, la questione della partecipazione degli inquilini alle Assemblee condominiali secondo l'art. 24, comma 2, l.r. 3/2010

Si sono rivolti a questo Ufficio diversi assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica lamentando la mancata convocazione e partecipazione alle assemblee di condominio.

In particolare gli assegnatari hanno lamentato di non essere stati convocati alle assemblee in cui vengono discusse e votate, in fase di preventivo e consuntivo, le spese al loro carico riguardanti la fornitura di servizi a rimborso, quali acqua e riscaldamento.

Dalle segnalazioni é apparso pertanto disatteso il disposto contenuto nell'art. 24, comma 2 della L.R. 17 febbraio 2010, secondo cui *“gli assegnatari in locazione di alloggi compresi in stabili a regime condominiale hanno diritto al voto in luogo dell'Ente gestore per le deliberazioni relative alle spese e alle modalità di gestione dei servizi a rimborso, compreso il riscaldamento, che sono tenuti a versare direttamente all'amministratore”*

Gli assegnatari inoltre hanno evidenziato di non avere ricevuto ovvero preso visione della documentazione da cui risulta il calcolo della ripartizione delle spese approvate con il bilancio consuntivo in assemblea.

Pertanto, questo Ufficio, avuto presente la rilevanza generale della questione relativa presunti disservizi nell'ambito della gestione da parte di ATC, ha inviato richiesta di notizie alla Direzione generale dell'Agenzia al fine di acquisire una compiuta informazione in merito alla problematica segnalata.

A seguito di tale richiesta, si é svolto un incontro tra il Difensore civico e gli uffici di ATC che successivamente hanno fornito risposta esponendo il quadro complessivo della gestione condominiale degli stabili ATC.

In particolare é stato evidenziato che il patrimonio di edilizia residenziale pubblica sociale che ATC gestisce consta, per la sola Provincia di Torino, di 511 immobili in intera locazione, 649 amministrati da ATC in regime privatistico e 1046 in condominio gestito da amministratori esterni.

Negli stabili in intera locazione la legislazione prevede la piena autonomia da parte degli inquilini e in mancanza l'ATC provvede senza convocazioni assembleari.

In tal senso l'Agenzia ha riferito di avere avviato la predisposizione di modalità di rendicontazione utili a consentire all'inquilino al momento del ricevimento della bolletta la verifica sul sito dell'Agenzia della determinazione e della ripartizione delle spese ripetibili a preventivo riferite all'immobile in cui risiede:

per cui a fine esercizio gli inquilini potranno verificare il consuntivo delle spese effettivamente anticipate da ATC e la loro ripartizione tra alloggi siti nell'immobile.

Per quanto concerne gli stabili a regime condominiale si renderebbe invece necessario, secondo quanto osservato da ATC, contemperare la disciplina regionale e quella del Codice civile in materia di formazione della volontà assembleare che si calcola per teste e per millesimi; infatti, ATC si trova a potere esprimere nelle assemblee un unico voto (testa) valido per tutti i millesimi di sua proprietà e l'inquilinato deve quindi poter convergere per poter esprimere in assemblea l'unico voto della proprietà ATC in luogo di quest'ultima.

Inoltre, poiché le assemblee per ogni stabile sono almeno 2 volte all'anno (in quanto quelle di riscaldamento e per gli altri servizi non coincidono), fino ad oggi ATC ha cercato di sopperire a questa situazione convocando nell'imminenza delle riunioni condominiali assemblee riservate agli inquilini affinché la maggioranza deliberasse quale voto unico esprimere nelle assemblee condominiali.

Tuttavia, ha criticamente osservato l'Agenzia, l'applicazione della norma a tutti gli stabili in regime condominiale comporterebbe la convocazione di circa 1695 assemblee riservate agli inquilini con l'impiego di personale per un numero di ore stimato pari a circa 10.000 ore, corrispondente ad un importo di 270.000 euro e ATC attualmente non dispone di personale/risorse sufficienti per dare correttamente corso a tale modalità.

Pertanto, anche in riferimento a questa criticità, ATC ha evidenziato di avere allo studio un'ipotesi di lavoro da vagliare anche con il "Tavolo di regia permanente" istituito presso l'Assessorato alle Politiche sociali, della famiglia e della Casa della regione Piemonte e con le Organizzazioni Sindacali dell'inquilinato che consenta agli inquilini di esprimere il proprio voto unitario senza gli oneri di cui sopra. Conclusivamente, ATC ha sottolineato, al fine di contenere al massimo le situazioni potenziali di stallo decisionale nelle assemblee di ritenere necessario e funzionale un intervento del legislatore regionale che limi il diritto di voto dell'inquilinato a quanto previsto dall'art. 10 della L. 392/1978 (servizio di riscaldamento e raffrescamento), fatta salvo il diritto di partecipazione del rappresentante degli inquilini alle assemblee anche per gli altri servizi.

Al riguardo, il Difensore civico con successiva nota ha preso atto positivamente delle iniziative assunte da ATC, rilevando però di non potersi pronunciare riguardo all'istanza di modifica dell'art. 24 comam 2 della l.r. 30/2010

5. AREA INTERVENTI RIGUARDANTI ENTI LOCALI

Già nella Relazione relativa all'attività svolta dall'Ufficio nell'anno 2015 si era affrontato il tema della delimitazione della competenza dell'Ufficio della Difesa Civica con riferimento alla sfera degli enti sottoposti alla sua potestà di intervento.

La materia è disciplinata dall'articolo 16 della Legge 127/1997, dall'articolo 2 Legge Regionale 50/81 e dall'articolo 2 Legge Regionale 47/85: norme queste che apparirebbero circoscrivere l'intervento dell'Ufficio ai rapporti tra cittadino e gli uffici dell'Amministrazione Regionale, degli Enti pubblici regionali, degli organi amministrativi del Servizio Sanitario e delle ASL operanti nella Regione, ed infine delle amministrazioni periferiche dello Stato (con esclusione di quelle competenti nelle materie della sicurezza pubblica, della giustizia e della difesa).

Argomentando sulla scorta di quanto previsto dal quarto comma dell'articolo 25 della 241/90 con riferimento alla tematica dell'accesso agli atti (in mancanza del difensore civico territorialmente competente al riesame ci si rivolge a quello "competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore") si è fin qui sostenuto da parte dell'Ufficio che il Difensore Civico Regionale può in ogni caso essere adito dal cittadino in via sostitutiva allorché non risulti istituito (oggi sono entrambi soppressi) quello comunale o provinciale.

L'Ufficio, da svariati anni, interviene anche nei confronti di doglianze proposte nei confronti di Comuni insistenti nell'area regionale, ritenendosi competente in via sostitutiva.

Gli interventi nei confronti degli Enti locali sono stati posti in essere anche sulla scorta del principio generale di leale collaborazione tra le istituzioni, contando sulla disponibilità al dialogo delle Amministrazioni interpellate, e nel più totale rispetto dell'autonomia delle stesse.

Gli interventi effettuati nel 2017 hanno prevalentemente riguardato due ambiti: doglianze proposte da Consiglieri comunali di minoranza, questioni relative all'ambiente, con particolare riferimento a situazioni di inquinamento acustico e degrado dei luoghi.

5.1 Istanze di Consiglieri comunali di minoranza

Non poche richieste di intervento sono state presentate nello scorso anno da Consiglieri comunali di minoranza che hanno individuato nell'Ufficio del Difensore civico un'istituzione destinata al controllo di legalità sull'attività deliberativa delle Amministrazioni dell'Ente locale.

Nell'interlocuzione instaurata con i soggetti istanti si è fatto presente che tra le funzioni della Difesa civica vi è certo quella di richiamare al rispetto delle norme di legge e regolamentari dei singoli enti locali

che prevedono prerogative dei Consiglieri e i termini entro i quali adempiere alle loro richieste, in taluni casi portando a conoscenza al Comune le segnalazioni pervenute, nell'ambito del principio di leale collaborazione tra le istituzioni.

Tuttavia si è altresì ribadito come, allorquando le questioni sollevate attengano alla dialettica politico-istituzionale, l'intervento del Difensore civico rappresenterebbe una indebita ingerenza.

5.1.1 Richieste di accesso

In particolare, in taluni casi i Consiglieri comunali istanti richiedevano l'attivazione della procedura di richiesta di riesame dei provvedimenti limitativi del diritto di accesso, di cui al comma 4 dell'art.25 L. 241/1990,.

A tal proposito va osservato come le istanze al Difensore civico, aventi ad oggetto le prerogative dei Consiglieri comunali descritte dal comma 2 art. 43 del dlgs. 267/2000, essendo tali prerogative espressione del "*sindacato ispettivo*" dei Consiglieri, ed espressione di un diritto di accesso funzionale all'esercizio del mandato che lo differenzia per qualità e ampiezza dal diritto di accesso descritto dagli artt. 22 e ss. della L.241/1990, siano riconducibili non alla disciplina che descrive il procedimento di richiesta di riesame ma alla previsione dell'art.43 Dlgs. 267/2000 che costituisce norma speciale.

Si tratta di casi in cui l'Ufficio è sempre intervenuto sollecitando la risposta delle Amministrazioni.

5.1.2 Richieste di pareri su legittimità delle deliberazioni del Consiglio comunale

In altri casi, i Consiglieri comunali istanti lamentavano la non corretta applicazione dello Statuto e/o del Regolamento comunale, invocando il controllo di legittimità sugli atti di cui all'art.127 del D.lgs. n. 267 del 2000.

A tal proposito si è precisato che la formulazione, da parte del Difensore civico, di un parere sulla legittimità delle deliberazioni del Consiglio comunale rientrava, in passato, nell'ambito delle funzioni previste dal combinato disposto degli artt. 11 3° comma e 127 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali -TUEL).

Le summenzionate norme attribuivano infatti al Difensore civico comunale o provinciale, ove istituito, un potere di controllo eventuale preventivo sulla legittimità delle delibere comunali o provinciali, in sostituzione della funzione svolta dai Coreco (Comitati regionali di controllo).

Tuttavia, la successiva legge costituzionale n. 3 del 2001 ha previsto, tra l'altro, l'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione, dedicato al Comitato regionale di controllo ed all'esercizio della sua funzione di controllo di legittimità sugli atti delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali.

Alla luce di tali premesse, si è quindi fatto presente agli istanti che l'attuale assetto normativo non consente la formulazione, da parte del Difensore civico regionale, di pareri e controlli di legittimità sulle deliberazioni del Consiglio comunale.

5.2 Questioni proposte da cittadini con riferimento a problematiche ambientali

Va preliminarmente osservato che in materia ambientale il Difensore civico non dispone di strumenti che consentano lo svolgimento di accertamenti di natura tecnica al fine di valutare fondatezza e rilevanza del reclamo.

Proprio al fine di superare le suddette criticità ed i limiti di intervento della Difesa civica, l'Ufficio del Difensore civico ha promosso azioni di coordinamento con Arpa Piemonte che si è resa disponibile a mettere a disposizione la propria competenza specialistica a supporto dell'iter del procedimento di intervento del Difensore civico.

Il principio di leale collaborazione con gli Enti locali ha poi trovato poi la sua declinazione anche in materia ambientale, laddove, in molteplici casi sottoposti al vaglio dell' Ufficio, si è resa possibile:

- l'attivazione di interventi di Arpa Piemonte per sopralluoghi e accertamenti di natura tecnica nonché per la realizzazione di pareri specialistici, che si sono rivelati un fondamentale supporto dell'iter del procedimento di intervento del Difensore civico;
- la realizzazione da parte degli Enti locali di tavoli di confronto con le parti interessate, al fine di predisporre sia attività e iniziative di prevenzione volte al monitoraggio delle emissioni, sia un canale di dialogo e confronto con i cittadini richiedenti l'intervento del Difensore civico.

5.2.1 Un caso esemplificativo di inquinamento acustico e ambientale

Richiesta di intervento al Difensore civico

I richiedenti, in qualità di proprietari di seconde case in un Comune, esponevano al nostro Ufficio che, in prossimità delle abitazioni, in un locale dato in concessione dal Comune ad una Associazione, si svolgevano frequentemente eventi, perlopiù party con musica elettronica (techno – music), che si protraevano nella maggior parte dei casi ben oltre l'orario di mezzanotte prescritto dall'Amministrazione comunale e che turbavano la quiete e il pacifico godimento della zona per l'elevato volume della musica, gli schiamazzi degli avventori al di fuori del locale e l'accumulo di rifiuti.

Gli esponenti riferivano che, dopo una prima lettera indirizzata all'Amministrazione comunale priva di riscontro, avevano inviato al Comune una nuova nota, in cui venivano indicati in modo più dettagliato e specifico gli eventi di cui sopra, rinnovando nuovamente la richiesta di intervento e controllo da parte delle Autorità preposte.

Intervento al Difensore civico

Il Difensore civico, al fine di accertare la situazione cui si riferiva la suddetta richiesta di intervento, richiedeva chiarimenti in merito alla vicenda prospettata ed alle eventuali misure adottate e/o adottande, con una nota inviata sia al Comune interessato che ad Arpa Piemonte.

La richiesta del Comune e il parere di Arpa Piemonte

Il Comune richiedeva ad Arpa Piemonte di effettuare un sopralluogo, in accordo con l'ufficio tecnico dell'ente locale, con verifica dei livelli di inquinamento acustici prodotti in occasioni di manifestazioni organizzate dall'Associazione presso i locali comunali.

Il Dipartimento territoriale di Arpa Piemonte, sulla base della informativa fornita dal Comune, e con una nota inviata sia all'Ente locale che al Difensore civico, rilevava come l'attività apparisse riconducibile a "circolo privato" destinato a studio musicale dove comporre, produrre, ascoltare e registrare, scambiare idee, organizzare eventi per giovani ed appassionati di musica elettronica, e in tale configurazione ed ambito, all'attività si sarebbero applicati i valori limiti differenziali in quanto tali circoli andavano equiparati, indipendentemente dalle finalità di lucro, alle attività commerciali e/o professionali ex art. 4, comma 3, DPCM 14.11.1997 (che recita: *"La verifica del rispetto dei valori limite differenziali è effettuata anche nei casi di rumorosità prodotta da circoli privati, centri sociali, centri sportivi (tra questi anche il tiro a volo) e ricreativi, qualora non siano verificate le condizioni indicate nell'art. 4, comma 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 novembre 1997"*).

Tuttavia, Arpa Piemonte richiamava quella parte della disposizione del citato comma 3, art. 4 DPCM 14/11/97, secondo cui: *"Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alla rumorosità prodotta: [...] da attività e comportamenti non connessi con esigenze produttive, commerciali e professionali [...]"*.

Ne conseguiva la necessità di verifica del rispetto dei soli limiti assoluti di zona, come individuati dal Piano di zonizzazione acustica comunale. Arpa Piemonte rilevava altresì come occorresse tener conto del D.P.R. 19 ottobre 2011, n. 227 - *Regolamento per la semplificazione di adempimenti amministrativi in materia ambientale gravanti sulle imprese*), che all'art. 4 comma 1 esclude dall'obbligo di presentare la documentazione di previsione di impatto acustico di cui all'articolo 8, della legge 26 ottobre 1995, n. 447 le attività a bassa rumorosità elencate nell'Allegato B, ad eccezione tra l'altro di *"attività ricreative, ...culturali e di spettacolo, ...che utilizzino impianti di diffusione sonora ovvero svolgano manifestazioni ed eventi con diffusione di musica o utilizzo di strumenti musicali. In tali casi è fatto obbligo di predisporre adeguata documentazione di previsione"*

L'art. 4 citato, al comma 3 dispone inoltre che *"in tutti i casi in cui le attività comportino emissioni di rumore superiori ai limiti stabiliti dal documento di classificazione acustica del territorio comunale di riferimento ovvero, ove questo non sia stato adottato, dal decreto del Presidente del Consiglio*

dei Ministri in data 14 novembre 1997, è fatto obbligo di presentare la documentazione di cui all'articolo 8, comma 6, della legge 26 ottobre 1995, n. 447, predisposta da un tecnico competente in acustica”.

A fronte dei richiamati presupposti normativi, Arpa Piemonte evidenziava che qualsiasi intervento per il rilievo fonometrico dei livelli di rumore riconducibili alle attività dell'associazione, doveva essere preceduto da una valutazione di impatto acustico redatta da un tecnico competente in acustica, documento che il Comune avrebbe dovuto chiedere all'associazione medesima. Una volta presentata la documentazione di impatto acustico dall'Associazione, sarebbe stato possibile per Arpa Piemonte emettere le opportune prescrizioni, compresa l'indicazione di limiti temporali, in sede di autorizzazione in deroga di competenza comunale come disposto all'art. 9, L. R. 52/2000.

L'intervento del Comune

A seguito degli esposti dei cittadini e dell'intervento del Difensore civico, nonché del parere di Arpa Piemonte, l'Amministrazione comunale richiedeva alla Associazione comodataria dello stabile comunale dove si svolgevano le attività della medesima, la presentazione del documento di impatto acustico previsto dalla sopraccitata legge 447 del 1995, precisandosi che, in assenza di detto documento, si sarebbe sospesa l'emissione di qualsiasi attività rumorosa..

A seguito di ulteriori mail di protesta degli abitanti, il Comune procedeva poi alla convocazione delle parti interessate, l'Associazione e i sottoscrittori degli esposti, al fine di approfondire i motivi delle contestazioni onde assumere i conseguenti provvedimenti amministrativi.

In particolare, l'Amministrazione comunale intimava al Presidente dell'Associazione la sospensione, con effetto immediato, dello svolgimento di qualsiasi tipo di manifestazione e attività rumorosa nell'arco dell'intera giornata e rinnovava la richiesta di presentazione del documento di impatto acustico predisposto da un tecnico competente entro un dato termine, decorso il quale, in caso di inadempimento, il Comune avrebbe provveduto a revocare la concessione.

La risposta dei cittadini

“Gentile Sig. Sindaco, vogliamo ringraziarvi per la convocazione...Per noi è stato molto importante perché si è dimostrato che le nostre preoccupazioni non sono rimaste senza considerazione da parte del Comune.”

Questa mail di manifestazione di riconoscenza da parte dei cittadini, inviata all'Amministrazione comunale ed al nostro Ufficio, non può che essere la migliore testimonianza di come una corretta applicazione del principio di leale collaborazione possa effettivamente contribuire a riavvicinare i cittadini alle istituzioni, e a recuperare la fiducia in esse.

6. AREA TRASPARENZA

E PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

6.1 Approfondimenti in materia di accesso

6.1.1 Problematiche concernenti le funzioni del Difensore civico regionale in materia di accesso civico ai sensi del Dlgs 33/2013 e s.m.i.

Il Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, di modifica del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ha introdotto l'istituto dell'accesso civico "generalizzato", che attribuisce a "chiunque" il "diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione (...), nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis" (art. 5, c. 2, D.lgs. n. 33/2013).⁵⁷

Il Decreto in questione novellando l'articolo 1 del D.lgs. 33/2013, interviene sulla nozione di trasparenza intesa come accessibilità totale ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, pur nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti.

Per la prima volta si riconosce la trasparenza come libertà di informazione del cittadino, come diritto legato dalla individuale titolarità di una situazione qualificata ad accedere alla conoscenza di ogni dato e documento concernente l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, per il quale non sia individuato un obbligo legale di pubblicazione.

Si delinea pertanto una nuova dimensione della trasparenza amministrativa, per la cui realizzazione si predispongono, accanto alla disciplina degli obblighi di pubblicazione, uno strumento complementare di conoscenza rappresentato da una formula piena di accesso ai dati e alle informazioni delle pubbliche amministrazioni.

Con il D.lgs. n. 97/2016, l'ordinamento italiano ha riconosciuto la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale, in conformità all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Come chiarito nelle Linee guida A.N.AC. (§ 2), l'accesso generalizzato mira a rafforzare il carattere democratico dell'ordinamento, promuovendo un dibattito pubblico informato e un controllo diffuso sull'azione amministrativa (art. 5, c. 2, D.lgs. n.33/2013). Come noto, il nuovo istituto differisce dalle altre due tipologie di accesso previste dalla legge. A differenza del diritto di accesso procedimentale o documentale, il diritto di accesso generalizzato garantisce il bene "conoscenza" in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato. A differenza del diritto di accesso civico "semplice", che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, c. 1, D.lgs. n. 33/2013), il

⁵⁷ Per una più approfondita analisi della questione consultare la Relazione Annuale 2016 del Difensore Civico della Regione Piemonte, pagg. 94 e seguenti.

solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'articolo 5-bis e conseguentemente è inammissibile il rifiuto fondato su altre ragioni.

Per quanto concerne l'attività di competenza si evidenzia che pervengono a questo Ufficio del Difensore civico istanze di accesso, di cui talora non viene individuata con precisione la configurazione quale documentale o generalizzato, spesso finalizzate ad un controllo sull'attività svolta dall'Ufficio a seguito di specifiche richieste di intervento precedentemente inoltrate da cittadini o Associazioni.

Tali richieste di accesso sono trasmesse sia da parte dei cittadini che hanno presentato reclamo all'Ufficio, sia da parte di terzi coinvolti o interessati dall'attuazione degli interventi di Difesa civica.

L'Ufficio del Difensore civico quale istituto di garanzia disciplinato dallo Statuto regionale e da specifica legge regionale, non esercita funzioni di amministrazione attiva bensì, a seguito di reclami proposti da persone o enti, attività paragiurisdizionali di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione nei confronti delle strutture regionali e statali, nonché funzioni giustiziali di riesame ai sensi della legge 241/1990 e del D.Lgs. 33/2013.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'accesso documentale, l'art.23 della 1.241/1990 espressamente, tra l'altro, dispone che "Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24 " (che disciplina i casi di esclusione del diritto di accesso".

L'art.2-bis del D.Lgs. 33/2013, che individua l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'accesso civico e dell'accesso civico generalizzato, ricomprende tra le "pubbliche amministrazioni" anche le "autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione" .

Rimane ad oggi insoluta la questione concernente la possibile applicabilità di tali articoli oltre che alle Autorità indipendenti di vigilanza e garanzia propriamente dette, anche all'Ufficio del Difensore civico.

Per quanto riguarda, in particolare, l'accesso generalizzato, disciplinato dall'art.5, comma 2 del O.lgs. 33/2013, pare potersi verosimilmente affermare che l'Ufficio del Difensore civico non sia ricomprendibile nell'ambito soggettivo di applicazione della normativa riguardante tale tipologia di accesso.

Ciò in quanto le finalità proprie dell'accesso generalizzato "di favorire forme diffuse di controllo delle funzioni istituzionali" delle pubbliche amministrazioni "e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico", sono in gran parte (nei limiti territoriali di competenza) sovrapponibili alle finalità che istituzionalmente informano l'attività di Difesa civica.

Occorre, peraltro, domandarsi se un'eventuale applicazione della normativa dell'accesso civico generalizzato all'attività di Difesa civica nei confronti delle pubbliche amministrazioni (in ambito regionale), possa sostanzialmente recare pregiudizio allo svolgimento di tale attività, quale regolamentata dalla vigente normativa statale e regionale.

Maggiore problematicità potrebbe caratterizzare, per converso, l'escludere l'Ufficio del Difensore civico dall'ambito soggettivo di applicazione della disciplina del diritto di accesso documentale ex 1.241/90, tenutosi conto, in particolare, della finalità propria dell'istituto che è quella di porre i singoli soggetti interessati (che nel caso dell'attività di Difesa civica possono essere sia i richiedenti l'intervento

dell'Ufficio sia terzi ancorché non coinvolti nell'intervento) in grado di esercitare al meglio le facoltà partecipative e/o oppositive e difensive che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle eventuali posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari

Si ritiene, in conclusione, che la questione nella sua interezza e complessità, corredata da connessi diversificati profili, possa costituire oggetto di specifico quesito rivolto dal Coordinamento dei Difensori civici al Consiglio di Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni consultive.

6.1.2 L'accesso alla documentazione sanitaria alla luce della disciplina introdotta dalla Legge 24/2017 (Legge Gelli)

La legge 8 marzo 2017, n. 24, "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" ha riaffermato, tra le altre cose, la responsabilità aquiliana (civilistica) del medico, qualificando la norma come imperativa (art. 7, comma 5). Secondo la nuova legge la struttura sanitaria che riceve e assiste il paziente risponde a titolo di inadempimento ex art. 1218 c.c., anche per i fatti commessi dagli ausiliari ex art. 1228 c.c., mentre l'esercente la professione sanitaria risponde solo ex art. 2043 c.c., a titolo di responsabilità aquiliana.

All'interno della predetta legge particolare rilevanza è stata data all'accesso ai documenti sanitari, con l'art. 4 della L. 24/2017 che, nell'ambito della trasparenza, rappresenta un diritto di accesso sui generis rispetto all'accesso generalizzato e all'accesso documentale, di cui ci siamo ampiamente occupati in precedenza.

Merita attenzione anche l'introduzione di nuovi requisiti di riorganizzazione e digitalizzazione dei processi, a favore della salute dei pazienti e della sicurezza dei dati.

Prima di evidenziare la disciplina applicabile nel caso in questione bisogna chiarire cosa si intenda per documentazione sanitaria. La dottrina ritiene che l'accesso previsto dal citato art. 4. comprenda tutta la documentazione sanitaria avente valore probatorio ai fini dell'accertamento della responsabilità civile e penale degli esercenti le professioni sanitarie in strutture pubbliche e private.

Nella predetta documentazione rientra ovviamente la c.d. cartella clinica del paziente, che costituisce l'insieme dei documenti che registrano il complesso delle informazioni cliniche e anagrafiche relative ad un paziente. La cartella clinica include, solitamente, verbali chirurgici, referti sanitari, schede infermieristiche, relazione e scheda di dimissione dalla struttura, nonché eventuali certificati di assistenza al parto. Per documentazione sanitaria si intende ovviamente sia quella cartacea che quella digitale. A questo fine, a partire dal 1.1.2013 è stato stabilito che la conservazione delle cartelle cliniche possa essere effettuata anche solo in forma digitale.

Va citato, a questo punto della trattazione, il disposto dell'articolo 4 (Trasparenza dei dati) della legge, il cui primo comma stabilisce che "Le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture pubbliche e private sono soggette all'obbligo di trasparenza, nel rispetto del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Il secondo comma prevede che la direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, entro sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e a quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, fornisce la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente, preferibilmente in formato elettronico; le eventuali integrazioni sono fornite, in ogni caso, entro il termine massimo di trenta giorni dalla presentazione della suddetta richiesta. In sostanza, ciò che viene richiesto alle strutture sanitarie, sia pubbliche sia private, è sostanzialmente una maggiore digitalizzazione dei processi e dei documenti; sarà loro compito procedere al riordino dei processi di gestione interna e delle risorse coinvolte per fornire trasparenza e sicurezza in materia di documentazione sanitaria. In ogni caso la struttura, nel consentire l'accesso alla documentazione sanitaria, deve operare il consueto bilanciamento con la protezione dei dati personali. A tal fine la disciplina prevede che venga designato un responsabile per la protezione dei dati.

6.2 Interventi in materia di diritto di accesso

6.2.1 Ricorso avverso diniego di accesso documentale (ex l. n.241/1990) richiesta da s.r.l. ad amministrazione comunale – diniego di documentazione di società concorrente contenente elaborati progettuali tutelati dal diritto d'autore – parere di illegittimità del diniego

Nel caso posto all'attenzione del Difensore Civico regionale una società di capitali, tramite studio legale, presentava in data 12.04.2017 all'Amministrazione comunale di Giaveno un'istanza di accesso documentale, ai sensi della legge n. 241/1990, alla documentazione amministrativa inerente una pratica edilizia intestata ad altra società concorrente, nonché la connessa pratica di autorizzazione commerciale.

Tale richiesta sarebbe stata motivata dalla necessità di esercitare la tutela dei diritti e degli interessi della società ricorrente in quanto la suddetta, in data 7 luglio 2016, aveva presentato all'amministrazione comunale domanda di autorizzazione all'esercizio di determinata tipologia, analogamente a quanto fatto dalla società concorrente, già autorizzata dall'amministrazione comunale in questione.

Il caso risulta interessante in quanto le due società in questione risulterebbero, per quanto premesso, "concorrenti" in merito all'attivazione di una media superficie di vendita mediante (...) permesso di costruire in deroga, ex articolo 5 della legge 106/2011", come si evince dal ricorso per riesame del diniego presentato a questo Ufficio.

L'Amministrazione comunale, preso atto delle motivazioni espresse nell'opposizione all'accesso formulata dalla società controinteressata e ritenendole condivisibili, ha reso noto alla società ricorrente che "l'accesso richiesto dalla S.r.l. non poteva essere concesso, sostenendo da un lato che, trattandosi di un procedimento non ancora concluso, gli elaborati progettuali della pratica oggetto di richiesta di

accesso sono tutelati dalle norme sul diritto d'autore, nonché evidenziando che non risultavano essere dimostrati adeguatamente né la legittimazione all'accesso, né l'oggetto dell'ostensione richiesta”.

L'Ufficio ha espresso il previsto parere in merito, in primo luogo evidenziando che il potere di differimento dell'accesso, in luogo del rigetto, come previsto dalla vigente normativa, è un atto dovuto in tutti i casi in cui il privato abbia diritto all'accesso, ma sia al contempo necessario assicurare una temporanea tutela agli interessi dei terzi, ovvero salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti.

L'esigenza di riservatezza è recessiva di fronte all'accesso, laddove l'accesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso sia necessario alla difesa di quell'interesse; al più, l'Amministrazione potrà intervenire con opportuni accorgimenti (cancellature od omissis) in relazione ad eventuali parti dell'offerta idonee a rivelare i segreti industriali (Cons. di St., Sez. VI, 07/06/2006, n.3418 e Cons. di St., Sez. VI, 20/04/2006, n.2223); sempre e in ogni caso con opportune, congrue e trasparenti motivazioni, anche nel senso dello loro verificabilità.

In secondo luogo l'Ufficio ha evidenziato che la dimostrazione, da parte della società ricorrente, della propria legittimazione ad accedere, parrebbe dagli atti prodotti, scaturire dal fatto che “entrambe le procedure edilizie (della società ricorrente e della società controinteressata all'accesso) sono in deroga ai sensi della medesima legge”; pertanto “ la cognizione delle fasi del procedimento in corso è essenziale per verificare che non vi siano state difformità di criteri posto che la procedura istruttoria della scrivente (ovvero la società ricorrente) è bloccata da tempo”.

Pertanto l'Ufficio ha ritenuto che il diniego all'accesso opposto dall'Amministrazione comunale, nei limiti della documentazione prodotta in atti, fosse affetto da illegittimità alla luce delle previsioni contenute nella Legge n. 241/1990 e s.m.i.

6.2.2 Ricorso per riesame di diniego di accesso civico generalizzato (ex art. 5 del d. lgs. n. 33/2013 e s.m.i.), richiesto da soggetto privato a società “in house” di atc piemonte centrale – diniego di documentazione contenente dati personali, interessi economici e commerciali della predetta società’ - parere di illegittimità del diniego

Nella questione in esame, che rappresenta il primo caso di riesame di diniego di accesso civico presentato a questo Ufficio, il Sig. R.M. con istanza trasmessa via e-mail in data 23/12/2016, presentava alla Società “in house” di ATC (alla quale sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 2 bis del D.Lgs. 33/2013), denominata “Casa Atc Servizi Srl”, istanza di accesso civico ai sensi dell'art. 5 del citato D.Lgs n. 33/2013 e s.m.i., concernente copia delle Deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di detta società, a partire dalla data del 01/10/201, fino alla data odierna.

Il diniego opposto al ricorrente, con provvedimento del 23/1/2017, concerneva una serie di verbali (n. 14) delle sedute del Consiglio di Amministrazione della suddetta società. Il diniego risultava motivato

nel seguente modo: “da una prima ed accurata analisi è emersa la presenza di un numero considerevole di dati personali ed informazioni di natura riservata, il cui accesso generalizzato (in ragione dell'ampiezza della richiesta e dell'impossibilità di circoscrivere l'ambito di indagine) determinerebbe un pregiudizio concreto alla tutela della protezione dei dati personali e agli interessi economici e commerciali della società stessa e di tutte le società ed enti pubblici/economici terzi con cui detta società intrattiene i propri rapporti. D'altra parte le deliberazioni del Consiglio di Amministrazione della società contengono per loro natura, e nel caso di specie ciò viene confermato, tutta una serie di dati e informazioni, comprese quelle riservate e confidenziali, di assoluta rilevanza per la compagine societaria, in quanto contenute in atti deliberativi propri della sede decisionale massima rappresentata dal C.d.A. della società. Considerata l'ampiezza dell'istanza formulata, l'ostensione dei dati e delle informazioni contenute nelle deliberazioni produrrebbe immediati effetti di pregiudizio in riferimento a ciascuno degli ambiti sopra richiamati. È dunque stato riscontrato un nesso di causalità diretta tra la disclosure richiesta ed il pregiudizio per gli interessi privati che l'art. 5 bis comma 2, lettera a) e c) del D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 ritiene di particolare rilievo giuridico e quindi meritevoli di tutela, la cui possibilità di verificarsi è stimata come altamente probabile, se non inevitabile. Da ciò deriva che la richiesta di accesso civico formulata ex art. 5 comma 2 del D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 e s.m.i. non possa trovare accoglimento per le motivazioni sopra espresse”.

Va premesso che la società opponente è una società a socio unico in house di ATC Piemonte centrale, che – a sua volta – è un ente pubblico di servizio non economico della Regione Piemonte, istituito con l'art. 28 della l.r. piemontese 17 febbraio 2010, n. 3 – come sostituito dall'art. 2 comma 1 l.r. 29 settembre 2014, n. 11 – in attuazione dell'art. 19 della l.r. 7 maggio 2013, n. 8.

La suddetta società, preliminarmente, ha eccepito il difetto di competenza del Difensore civico a pronunciarsi sulla richiesta di riesame trasmessa dal Sig. R.M., in quanto l'art. 5 del D. Lgs 33/2013, così come novellato dal D. Lgs 97/2016, stabilisce al comma 8: "Qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito."

A ben vedere il legislatore, pur postulando all'art. 5 comma 2 del D. Lgs 33/2013 che il diritto di accesso sia generalizzato e non sottoposto ad alcuna limitazione soggettiva, prescrive allo stesso tempo che l'istanza di accesso debba identificare i dati, le informazioni o i documenti richiesti; l'incipit dell'art. 5 comma 8 del D. Lgs 33/2013 delinea la competenza del Difensore civico come una ipotesi di riesame ultronea rispetto a quella comunque garantita all'art. 5 comma 7 sempre dello stesso D. Lgs 33/2013 e, per questo, circoscritta a specifiche categorie di atti quali quelle delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali.

Tale diritto di riesame era ed è comunque garantito, se si valuta che la società destinataria della richiesta del Sig. R.M. si è dotata di una propria procedura finalizzata all'esercizio del diritto di accesso cosiddetto "generalizzato" ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs n. 33/2013, così come pubblicata sul proprio sito web nella sezione dedicata alla trasparenza amministrativa.

Tale procedura contempla anche la richiesta di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. La stessa nota di risposta elaborata dalla società resistente conteneva all'ultimo paragrafo le indicazioni operative necessarie per effettuare la richiesta di riesame sopra descritta.

Il Consiglio di Stato, col parere 13 luglio 2016, n. 1640, reso proprio con riferimento alla disciplina interna di recepimento del FOIA, ha al proposito chiarito che le società in house sono da considerarsi equiparate alle pubbliche amministrazioni, ai fini della loro assoggettabilità all'accesso civico, sul solco di quanto precisato dall'Adunanza plenaria del medesimo Consiglio, con sentenza 5 settembre 2005, n. 5, ove si legge che "la giurisprudenza è venuta chiarendo, sin dall'indomani della emanazione dell'art. 23 della legge n. 241 del 1990, che le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico, etc.)".

Per altro verso, la equiparazione delle società in house alle amministrazioni pubbliche ha come elemento qualificante la circostanza che queste ultime esercitano sulle prime un controllo analogo a quello che hanno sulle proprie strutture di stampo burocratico (come da ultimo ricordato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 22 settembre 2017, n. 4435); conseguentemente ATC Servizi S.r.l., in quanto espressione in house di un ente pubblico di servizio non economico della Regione Piemonte, rientra nella categoria di amministrazione della regione cui si riferisce l'art. 5, comma 8, d.lgs. 33/2013 e s.m.i.

In questo quadro l'affermazione recata dalla società in questione, a firma dell'ufficio anticorruzione e trasparenza della stessa, in data 30 marzo 2017, dove si contrappone alla richiesta del Difensore civico della Regione Piemonte del 3 marzo precedente l'incompetenza del medesimo a sollecitare l'evasione di un'istanza di accesso civico da un privato risulta destituita di ogni fondamento normativo e giuridico.

A ciò si aggiunge che la nota contesta altresì la possibilità di dare evasione alla richiesta del privato perché, secondo la suddetta società sarebbe mirata ad ottenere copia delle delibere assunte dal Consiglio di Amministrazione della Società ovvero non sarebbe, comunque, volta all'ottenimento di atti suscettibili di accesso civico.

Alla luce di ciò, a parere di questo Ufficio, non è dubitabile che detta società sia riconducibile all'ambito "delle amministrazioni delle regioni e degli enti locali" in relazione alle quali è facoltà del soggetto richiedente l'accesso civico negato di rivolgersi al Difensore civico in forza del disposto dell'art. 5, comma 8, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, novellato dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

Il Difensore civico regionale, al quale il Sig. R.M. si è rivolto (avendo possibilità di optare alternativamente per la richiesta di riesame al Responsabile della Trasparenza dell'ente oppure al Difensore civico regionale nei casi di cui all'art. 5, comma 8, del D. Lgs 33/2013), preso atto in primo luogo del diniego per presunto pregiudizio della tutela dei dati personali, ha doverosamente richiesto al Garante per la protezione dei dati personali un parere in merito, ai sensi del citato comma 8 dell'art. 5 del D.Lgs. 33/2013.

Con nota del 13.02.2017 il Garante per la protezione dei dati personali ha trasmesso a questo Ufficio il relativo parere, nel quale viene evidenziato che le informazioni riferite a persone giuridiche, enti e associazioni non rientrano nella tutela prevista dal Codice della Privacy, ove per dato personale si intende “qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale” [art. 4, comma 1, lett. b)].

Per quanto premesso risulta quindi che la persona giuridica, in quanto tale, “non beneficia della tutela del Codice della Privacy e, di conseguenza, nemmeno della tutela di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 33/2013. Ove invece i dati personali presenti all'interno della documentazione di cui si chiede l'accesso – e di conseguenza il relativo pregiudizio – siano da intendersi come riferiti ad altri soggetti (persone fisiche), la p.a. dovrebbe comunque individuare gli stessi almeno a livello di categoria od insieme, per poi motivare specificamente in ordine alle ragioni del pregiudizio concreto che si assumerebbe arrecato con la loro ostensione”.

Sostiene viepiù l'ANAC, che “il soggetto destinatario dell'istanza, nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, dovrebbe in linea generale scegliere le modalità meno pregiudizievoli per i diritti dell'interessato, privilegiando l'ostensione di documenti con l'omissione dei «dati personali» in esso presenti, laddove l'esigenza informativa, alla base dell'accesso generalizzato, possa essere raggiunta senza implicare il trattamento dei dati personali. In tal modo, tra l'altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l'istanza senza dover attivare l'onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013).

Per quanto concerne il secondo motivo di diniego, ovvero la protezione degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali, l'Ufficio ha evidenziato quanto contenuto nelle Linee guida ANAC, ovvero che: “costituiscono oggetto di tutela (segreti commerciali) le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, quelle relative all'organizzazione, quelle finanziarie, ossia il know-how aziendale, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; riguardino dati relativi a ricerche, prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di sostanze chimiche” (paragrafo 8.3 delle Linee Guida ANAC).

Anche in questo caso l'eventuale pregiudizio derivante dalla divulgazione di dati e documenti deve essere valutato “rispetto al momento ed al contesto in cui l'informazione viene resa accessibile e non in termini assoluti e atemporalmente. L'amministrazione è tenuta quindi a privilegiare la scelta che, pur non

oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. (paragrafo 5.2 Linee Guida ANAC).

Pertanto l'Ufficio ha ritenuto che il diniego all'accesso opposto dalla società in questione, nei limiti della documentazione prodotta in atti, fosse affetto da illegittimità alla luce delle previsioni contenute nel D.Lgs. n. 33/2013 e s.m.i., in quanto non risultava adeguatamente indicato quale tipologia di dati personali e quale tipologia di interessi economici e commerciali sarebbero stati pregiudicati a seguito della divulgazione della documentazione richiesta, anche alla luce delle indicazioni del Garante per la protezione dei dati personali e dell'ANAC in merito all'oscuramento di dati ovvero all'ostensione parziale della documentazione richiesta.

A seguito del parere di questo Ufficio la società interessata ha confermato il diniego opposto originariamente al Sig. R.M.. Nella relativa nota la società rende noto che: " vista la nota contenente parere del difensore civico, si conferma il mancato accoglimento della richiesta di accesso civico presentata dal Sig. R.M. per le ragioni sopra esposte e per le motivazioni espresse nel precedente provvedimento del 23 gennaio ultimo scorso".

L'esponente ha quindi fatto ricorso al Tribunale Amministrativo per il Piemonte per l'annullamento della nota di Casa Atc Servizi s.r.l. del 30 marzo 2017, con cui la società ha negato al sig. R.M. l'accesso civico ex artt. 5 e ss. del D.lgs. n. 33/2013, avanzato con istanza del 23 dicembre 2016. Il T.A.R., Sezione Seconda, si è pronunciato con la sentenza n. 452/2017, stabilendo che la domanda di accesso civico deve essere accolta, con ordine alla Casa ATC di consentire l'accesso e l'estrazione di copia di tutti i verbali di seduta del consiglio di amministrazione elencati dal n. 1 al n. 14 nella nota del 23.1.2017, salvo al più l'oscuramento dei soli dati personali di persone fisiche, ove esistenti. Inoltre il giudice amministrativo in questione ha condannato Casa ATC servizi s.r.l. a rifondere alla parte ricorrente le spese di lite, oltre alle altre spese generali.

6.2.3 Ricorso avverso diniego parziale di accesso documentale (ex l. n. 241/1990) richiesta da soggetto privato ad amministrazione comunale - diniego parziale di documentazione concernente contravvenzione stradale per carenza di interesse - parere di legittimità del diniego

Nel caso in questione il Sig. A.G. con comunicazioni telematiche avanzate in data 31.10.2016, 19.01.2017 e 8.05.2017, presentava all'Amministrazione comunale di Orbassano istanza di accesso alla documentazione amministrativa concernente:

- Video inerente violazione del Codice della Strada commessa in data 11.09.2016;
- Copia della documentazione riguardante l'ultimo collaudo dell'apparecchiatura "Vista-Red" impiegata nell'incrocio tra Strada (omissis) e Via (omissis), nonché copia della documentazione dei collaudi dell'apparecchiatura avvenuti nei 5 anni precedenti .

Alle suddette istanze l'amministrazione comunale evidenziava che in merito alla richiesta di trasmissione del filmato dell'infrazione dell'11.09.16, lo stesso, registrato dall'apparecchiatura di rilevamento infrazioni semaforiche "Vista Red" è realizzato in formato proprietario (omissis), è visualizzabile solo utilizzando un apposito software di proprietà intellettuale (omissis). Tale programma, essendo coperto da copyright internazionale, non può essere ceduto liberamente a terzi, pena la violazione della normativa nazionale ed internazionale sul diritto d'autore. Non essendo possibile fornire gratuitamente il programma di visualizzazione, è del tutto inutile rilasciare copia del filmato, in quanto lo stesso, senza il programma di visualizzazione, non è in alcun modo visibile. Ai fini della prova dell'infrazione, peraltro, il Ministero dei Trasporti, nel decreto di omologazione dell'apparecchiatura di rilevamento infrazioni semaforiche Vista Red, richiede solamente l'allegazione di due fotografie, mentre nulla dice riguardo al filmato. Allo stato attuale, inoltre, nessuna disposizione ha autorizzato il rilascio del filmato registrato dai documentatori di infrazioni semaforiche. Di conseguenza, solo la documentazione fotografica indicata dal Ministero dei Trasporti può legittimamente essere rilasciata agli interessati, ma tuttavia il filmato dell'infrazione è visionabile presso gli uffici che hanno rilevato l'infrazione.

In merito alla richiesta della documentazione riguardante i collaudi degli ultimi 5 anni dell'apparecchiatura Vista Red, l'Amministrazione rammentava che, ai sensi degli artt. 22 comma 1 lett.b) - 25 comma 2 L.241/90 e art. 5, comma2, D.P.R.184/06, l'istanza di accesso agli atti deve essere motivata, nel senso che il richiedente deve dimostrare la sussistenza di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Nel caso di specie, l'istanza in esame risulterebbe del tutto immotivata, in quanto non è stato evidenziato alcun interesse giuridico, diretto ed attuale, collegato agli atti per i quali è stato chiesto l'accesso (ultimi 5 anni di "collaudi") . Per tale motivo, detta istanza non trovava accoglimento se non nella parte relativa al collaudo interessante il periodo della infrazione, avvenuto il 05/07/2016.

L'Ufficio ha ritenuto di formulare le seguenti osservazioni.

La legge n. 241/1990 subordina l'accessibilità del documento amministrativo ad un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. L'interesse (diretto, concreto ed attuale) è dunque riferito al documento del quale si chiede l'ostensione; la "corrispondenza" è da intendersi invece quale nesso di strumentalità o anche semplicemente connessione con una situazione giuridica che l'ordinamento protegge attraverso la concessione di strumenti di tutela (non importa se essi siano giurisdizionali od amministrativi). L'amministrazione deve consentire l'accesso se il documento contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (ad esempio, la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti, o ancora documentano parametri, criteri e giudizi, rilevanti al fine di individuare il metro di valutazione utilizzato ad esempio in procedure concorsuali. L'amministrazione deve accertare se l'interesse sia diretto, concreto ed attuale: ciò significa che l'istante deve essere il portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata (o, ovviamente un suo

rappresentante), che l'esigenza di tutela non deve essere astratta o meramente ipotetica, ed ancora, che vi siano riflessi attuali del documento sulla posizione giuridica tutelata (l'interesse non deve cioè essere meramente storico documentativo).

Nel caso in esame risulta che l'Amministrazione comunale abbia provveduto a rilasciare all'interessato la documentazione fotografica inerente l'infrazione semaforica contestata, ovvero la scansione di tutti i fotogrammi contenuti all'interno del filmato dell'infrazione. Ne discende che il filmato richiesto dal Sig. A.G., e da cui la documentazione fotografica discende direttamente, nulla aggiungerebbe alla cognizione dell'infrazione da parte del suddetto, e pertanto in qualche misura appare privo di interesse all'ostensione. Il suo eventuale rilascio, fatte salve le norme previste a tutela del diritto d'autore e dei brevetti, nel caso specifico avrebbe solo un valore meramente documentativo, risultando pertanto non soddisfacente di alcun interesse diretto, concreto e attuale del ricorrente, e pertanto comunemente precluso dalla normativa in materia di accesso.

Per quanto concerne il secondo motivo di ricorso, ovvero la documentazione concernente i collaudi degli ultimi 5 anni dell'apparecchiatura "Vista Red" impiegata per rilevare l'infrazione, tale richiesta appare priva di quei caratteri indispensabili per l'ostensione stessa, ovvero l'attualità dell'interesse e il diretto collegamento con la lesione di una posizione giuridica del richiedente. L'Amministrazione comunale ha viceversa provveduto a rilasciare all'interessato la documentazione concernente l'ultimo collaudo dell'apparecchiatura, effettuato prima del rilevamento dell'infrazione. Inoltre, per quanto attiene alle specifiche tecniche dell'apparecchiatura in questione, nonché alle sue modalità di funzionamento, risulta che l'Amministrazione abbia indicato tempestivamente al ricorrente l'indirizzo internet ove consultare tale documentazione.

Pertanto, per quanto sopra esposto e nei limiti di quanto appreso dagli atti del procedimento in questione, l'Ufficio ha ritenuto non vi fossero profili di illegittimità nell'ambito del procedimento di accesso in questione, concretatosi in un diniego parziale di accesso opposto dall'Amministrazione comunale al richiedente.

6.2.4 Ricorso avverso diniego di accesso documentale (ex l. n.241/1990) richiesta da soggetto privato ad amministrazione comunale – diniego di documentazione concernente nominativi di autori di segnalazioni ed esposti – parere di illegittimità del diniego

Il ricorrente, Sig. L.L. ha presentato, in data 03.05.2017 all'Amministrazione comunale di Viù, un'istanza di accesso all'intera documentazione cui fa riferimento specifica ordinanza comunale, il cui destinatario risultava essere il ricorrente stesso, e "in particolare alla segnalazione della Signora F.M. pervenuta dal Comando dei Carabinieri di (omissis) con protocollo del 6 marzo 2017 ed assunta al protocollo del medesimo Comune con la documentazione fotografica ad essa allegata"; nonché accesso "a tutti gli atti e documenti antecedenti o successivi alla predetta ordinanza".

Tale richiesta è stata motivata dalla necessità di poter tutelare i propri diritti in ogni opportuna sede. Alla suddetta istanza di accesso non era stato fornito riscontro scritto da parte dell'amministrazione comunale competente.

Il Difensore Civico ha evidenziato che poiché nell'ambito dell'ordinamento giuridico generale non è riconosciuto il diritto all'anonimato di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi, ogni soggetto deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di segnalazioni, esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo, di controllo o sanzionatorio nei suoi confronti, non potendo in proposito la P.A. opporre all'interessato esigenze di riservatezza (in tal senso Cons. Stato, Sez. V 19.05.2009, n. 3081). In tema di "contemperamento" fra l'esercizio del diritto all'accesso e la tutela della riservatezza, è costante nella giurisprudenza amministrativa il principio generale secondo cui il diritto d'accesso ai documenti amministrativi prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo, ogniqualevolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente (fra le molte, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26/04/2005, n.1896). La stessa normativa ribadisce, in ogni caso, che (art. 24, comma 7, L. 241/1990), "Deve comunque essere garantito l'accesso ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici".

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, il Difensore Civico ha ritenuto che il diniego tacito all'accesso opposto dall'amministrazione comunale nei confronti della richiesta di accesso presenta, nei limiti della documentazione prodotta in atti, fosse affetta da illegittimità alla luce delle previsioni contenute nella Legge n. 241/1990 e s.m.i.

6.2.5 Dichiarazione di riservatezza e sottrazione senza limiti di tempo al diritto di accesso dei cittadini in riferimento a pareri legali – nota del Difensore civico

L'Ufficio, nell'anno 2017, è stato destinatario di una richiesta di intervento da parte del Sig. G.O., il quale rendeva noto che con Decreto sindacale l'Amministrazione comunale di San Mauro Torinese, nella quale risiedeva, aveva proceduto a dichiarare riservati e pertanto sottratti all'accesso senza limiti di tempo n. 2 pareri legali emessi nell'anno 2017, nell'ambito di procedimento amministrativo concernente intervento di recupero e ristrutturazione urbanistica di area sita nel Comune in questione.

A tale proposito l'esponente evidenziava dubbi in ordine alla legittimità di tale procedimento di secretazione di atti, anche in quanto il provvedimento non sarebbe stato sufficientemente motivato.

L'Ufficio ha, a tal proposito, chiesto informazioni all'amministrazione comunale interessata, evidenziando che, alla luce del prevalente orientamento giurisprudenziale, qualora i pareri legali vengano richiesti in una fase endoprocedimentale, ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo in cui vengono ad inserirsi e non sono collegati né con una lite pendente né eventuale, l'accesso ai pareri stessi è consentito, nel caso ricorrano i presupposti soggettivi richiesti dall'art. 22 della L. 241/1990. Al riguardo, fra le molte, la Sentenza del Consiglio di Stato, 30.09.2010, n. 7237, ove si specifica che la disposizione

riferita alle "categorie di documenti inaccessibili nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento", in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, prevede, ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che siano sottratti all'accesso: "a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)".

Tuttavia la medesima giurisprudenza ha chiarito, "quanto alle consulenze legali esterne, a cui l'amministrazione può ricorrere in diverse forme ed in diversi momenti dell'attività di sua competenza, che, nell'ipotesi in cui il ricorso alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetto all'accesso, perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo.

Alla luce delle osservazioni del Difensore Civico, l'amministrazione comunale ha fornito tempestivo riscontro dando atto, in primo luogo, che l'amministrazione aveva richiesto i due pareri legali nell'ambito di un procedimento amministrativo relativo all'istanza di costruzione di un esercizio commerciale (nello specifico un supermercato) di dimensioni medie, a seguito del recupero e trasformazione di un'area sulla quale insistono degli edifici destinati ad attività produttive oramai in disuso e in contrasto con l'attuale PRGC.

In secondo luogo l'amministrazione ha dato atto di concordare con la posizione espressa da questo Ufficio, circa la tendenziale pubblicità di quei pareri che si inseriscono nell'ambito di un'attività procedimentale e confluiscono quindi in modo diretto o meno nella motivazione dell'atto finale. In tale caso sussiste certamente il diritto del destinatario dell'atto e degli eventuali controinteressati alla piena conoscenza del contenuto di tali pareri. Nel caso in esame, invece, i pareri richiesti professionisti legali non si riferivano esclusivamente ad un iter procedimentale concludentesi con un provvedimento finale, essendo infatti esteso anche alle modalità con le quali l'amministrazione avrebbe potuto, in astratto, opporsi alla richiesta avanzata dal privato. Tale richiesta, a giudizio dell'Amministrazione stessa, avrebbe coinvolto certamente profili di legittimità dell'eventuale provvedimento di diniego e di illiceità della condotta, circa le future scelte dell'Amministrazione.

Infine l'amministrazione comunale ha reso noto che qualora i pareri legali in questione fossero assunti come base motivazionale per l'adozione del provvedimento finale, e venissero pertanto richiamati nell'atto, ai sensi della legge 241/90, art. 3, circa l'obbligo di motivazione "per relationem", gli stessi pareri risulterebbero pienamente accessibili dagli aventi diritto (in tal senso, terza sezione del TAR Sicilia Palermo, sentenza 29 maggio 2014, n. 1376, conformemente a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 30 settembre 2010, n. 7237).

6.2.6 Ricorso avverso diniego parziale di accesso documentale (ex l. n. 241/1990) richiesta da soggetto privato a settore regionale – diniego parziale di documentazione concernente note e comunicazioni pervenute da parte di sindaco in merito a richiesta di commissariamento di Ipab – parere di parziale illegittimità del diniego

In data 5 settembre 2017 è pervenuto a questo Ufficio dal Sig. G.P., ricorso per riesame di determinazione di diniego parziale all'accesso espressa dal Settore "Programmazione socio-assistenziale e socio sanitaria, standard di servizio e qualità" della Regione Piemonte, in conformità a quanto previsto dall'art. 25, comma 4 della legge 7 agosto 1990 n.241 e s.m.i.. La richiesta di accesso era stata presentata dal cittadino in data 15 luglio 2017 ad integrazione delle precedenti richieste del 5 e 7 luglio 2017.

Al riguardo, tenutosi conto che l'attività del Difensore civico in sede di richiesta di riesame ha caratteristiche "formali", non potendo prescindere da tenore e contenuti della documentazione prodotta dal ricorrente ed eventualmente pervenuta dall'Amministrazione interessata in riferimento all'istanza che si afferma disattesa, l'Ufficio ha evidenziato quanto segue.

Mediante le predette note trasmesse tramite pec all'Assessorato Politiche Sociali dal Sig. G.P., rispettivamente in data 5, 7 e 15 luglio 2017 è stata presentata istanza di accesso a copia di tutte le note e comunicazioni pervenute da parte del Sindaco in merito alla richiesta di commissariamento del citato Ente, la copia della relazione di metà mandato del Commissario, nonché specifica nota del Commissario.

Con nota di riscontro del 22 agosto 2017 inviata dal Dirigente del Settore regionale interessato, nel trasmettere al richiedente copia delle note comunali veniva comunicato al richiedente, tra l'altro, che per quanto riguarda la PEC del 9/2/2017, con la quale veniva trasmessa copia della Relazione dei fatti avvenuti presso l'IPAB in questione in data 8/02/2017, indirizzata al Comando Stazione Carabinieri, nonché al Comune, si riteneva "di non poter consentire l'accesso in considerazione di possibili accertamenti in corso da parte delle Forze dell'Ordine".

In merito all'onere previsto in capo al Commissario straordinario, con D.G.R n.11-4756 del 13/03/2017, di redigere una relazione di metà mandato, sulla scorta di motivazioni puntualmente enunciate, veniva altresì comunicato al richiedente con la predetta nota che "il Commissario produrrà a questa Amministrazione la sola relazione di fine mandato", in tal modo sostanzialmente precisando di non detenere tale atto.

Infine, in merito alla memoria prodotta dal Commissario straordinario, preso atto delle motivazioni adottate dal Commissario straordinario nella propria opposizione all'ostensione dell'atto, il Settore regionale ha ritenuto di non poter consentire l'accesso alla suddetta memoria, condividendo l'orientamento secondo il quale l'atto in questione debba considerarsi "documento non endoprocedimentale, prodromico all'emanazione di un provvedimento amministrativo finale, bensì rientrante a pieno titolo nell'attività defensionale in corso di contenzioso a tutela del diritto costituzionalmente garantito della difesa, e in quanto tale sottratto al diritto di accesso in forza del

principio che risponde ad elementari considerazioni di salvaguardia della strategia processuale di una parte (...), che non è tenuta a rilevare ad alcun altro soggetto, tanto meno al proprio attuale contraddittore, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie” .

Ciò premesso, per quanto attiene alla determinazione di diniego all'accesso espressa dal predetto Dirigente del Settore regionale Programmazione socio-assistenziale e socio sanitaria, standard di servizio e qualità, in relazione alla citata PEC del 09/02/2017, l'Ufficio del Difensore Civico ha evidenziato che solamente gli atti di indagine compiuti dal P.M. e dalla polizia giudiziaria sono coperti dall'obbligo di segreto nei procedimenti penali ai sensi dell'art. 329 c.p.p., di talché gli atti posti in essere da una pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività istituzionale sono atti amministrativi, anche se riguardanti lo svolgimento di attività di vigilanza, controllo e di accertamento di illeciti e rimangono tali pur dopo l'inoltro di una denuncia all'autorità giudiziaria; tali atti, dunque, restano nella disponibilità dell'amministrazione fintanto che non intervenga uno specifico provvedimento di sequestro da parte dell'A.G., cosicché non può legittimamente impedirsi, nei loro confronti, l'accesso garantito all'interessato dall'art. 22, legge 7 agosto 1990 n. 241, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 24 della citata legge (vedasi sentenza TAR Sicilia 01/02/2017 n.229).

Di tal che la giurisprudenza ha chiarito che l'esistenza di un'indagine penale non implica, di per sé, la non ostensibilità di tutti gli atti o provvedimenti che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine; solo gli atti per i quali è stato disposto il sequestro e quelli coperti da segreto possono risultare sottratti al diritto di accesso.

Per quanto concerne la richiesta di accesso formulata dal Sig. G.P. in ordine a “copia della relazione di metà mandato del Commissario” e le motivazioni del diniego all'accesso espresse dal Dirigente del ridetto Settore regionale nella nota del 22 agosto 2017, l'Ufficio del Difensore Civico ha evidenziato che rientra nella definizione di “documento amministrativo” oggetto del diritto di accesso di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990 e s.m.i., “ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale” (vedasi, in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 7 novembre 2007, n. 5780), per cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato “è costante nell'affermare che la domanda di accesso deve riferirsi a specifici documenti e non può, pertanto, comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta ” (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 21.10.2013 n. 5099); motivo per cui “l'ostensione degli atti non può essere uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione ovvero del gestore di pubblico servizio nei cui confronti l'accesso viene esercitato” (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 29.04.2002, n. 2283; Sez. VI, sent.17.03.2000 n. 1414, Sez. III, sent.21.10.2013 n. 5099);

Infine, per quanto concerne la determinazione di diniego all'accesso espressa dal predetto Dirigente in ordine alla memoria prodotta dal Commissario straordinario, il Difensore Civico ha anzitutto ribadito che va escluso che l'amministrazione possa legittimamente assumere quale unico fondamento del diniego di

accesso agli atti la mancanza del consenso da parte dei soggetti controinteressati, atteso che la normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardano, rimette sempre all'amministrazione destinataria del richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati (TAR Reggio Calabria, sez. I, 16 maggio 2015, n. 281)"; l'Amministrazione, infatti, non può denegare l'accesso unicamente richiamando il mancato consenso del controinteressato, permanendo l'obbligo di motivare compiutamente la propria determinazione.

Pertanto, nel caso in questione, con particolare riferimento alle norme ed ai principi evidenziati dall'art. 25 comma 4 della l. 241/1990, il Difensore Civico ha valutato di non ritenere illegittimo il diniego opposto dal Dirigente del Settore "Programmazione socio-assistenziale e socio sanitaria, standard di servizio e qualità" della Regione Piemonte in riferimento alla richiesta di accesso alla "relazione di metà mandato del Commissario" straordinario dell'I.P.A.B., presentata dal Sig. G.P. il 5 luglio 2017;

Per converso, alla luce delle motivazioni adottate dal predetto Dirigente nella nota del 22 agosto 2017, l'Ufficio del Difensore Civico ha ritenuto potesse essere affetto da illegittimità il diniego del diritto di accesso, quale rispettivamente opposto dal predetto Dirigente in riferimento alla PEC del 09/02/2017, quale individuata, nonché alla memoria prodotta dal Commissario straordinario, prot. regionale 20180/A1508A del 25/05/2017.

6.3 Accesso e partecipazione al procedimento amministrativo

6.3.1 Accesso da parte di terzi ad esposti e istanze presentate al Difensore civico

Una società, avendo avuto notizia della pendenza avanti Il Difensore civico di una istanza di intervento presentata al Difensore civico da alcuni cittadini avente ad oggetto una problematica autorizzativa riguardante la realizzazione di opere che vedevano coinvolta la società medesima richiedeva di poter estrarre copia libera, ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, di tutta la documentazione inerente la predetta istanza

La richiesta veniva motivata adducendo la necessità di eventualmente tutelare gli interessi e l'immagine della società in ogni sede competente nell'ipotesi in cui nella suddetta istanza fossero presenti affermazioni non veritiere o diffamatorie o comunque finalizzate a creare un ingiustificato timore nella popolazione.

In data 12 settembre 2017 questo Ufficio dava comunicazione del ricevimento della richiesta di accesso ai controinteressati, informandoli della possibilità di presentare allo scrivente Difensore civico una motivata opposizione all'istanza di accesso entro il termine di dieci giorni , decorso il quale il Difensore civico avrebbe provveduto a decidere.

Peraltro, la trattazione dell'istanza pervenuta non poteva prescindere da una preventiva disamina normativa e giurisprudenziale, propedeutica all'adozione di specifico parere in merito all'accessibilità della documentazione richiesta.

6.3.2 Esame della disciplina normativa

L'art. 90 dello Statuto della Regione Piemonte annovera l'Ufficio del Difensore civico regionale nell'ambito degli Istituti di Garanzia, quale autorità indipendente della Regione preposta alla tutela amministrativa dei cittadini.

L'art. 23 della legge n. 241/1990 dispone poi che il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti .

Con riferimento alla peculiare figura dell'istituto della Difesa civica, vengono in rilievo:

- il già citato Statuto della Regione Piemonte, il cui articolo 90 secondo comma prevede che "l'Ufficio del Difensore civico agisce a tutela dei diritti e degli interessi di persone ed enti nei confronti dei soggetti individuati dalla legge che esercitano una funzione pubblica o di interesse pubblico per garantire l'imparzialità, il buon andamento e la trasparenza dell'azione amministrativa";
- la legge istitutiva dell'Ufficio del Difensore civico (Legge regionale 9.12.1981 n. 50 e successive modifiche e integrazioni), in particolare l'art. 2 comma 1 per cui " il Difensore civico ha il compito di tutelare il cittadino nell'ottenere dall'Amministrazione regionale quanto gli spetta di diritto", l'art. 2 comma 5 che prevede che "il Difensore civico non può interferire direttamente nell'espletamento dei compiti amministrativi, partecipando all'elaborazione di atti e provvedimenti", nonché l' art. 4 comma 1 secondo il quale "il Difensore civico, alla richiesta di iniziativa proposta da un cittadino, valuta se siano state esperite le ordinarie vie di rapporto con l'Amministrazione e, qualora questo sia avvenuto, valuta la fondatezza del reclamo. Al sussistere di entrambe le condizioni, apre una procedura rivolta ad accertare la situazione cui la richiesta si riferisce".

Dal combinato disposto delle sopracitate norme consegue che:

- gli interventi del Difensore civico hanno lo scopo di tutelare l'interesse di tutti i cittadini ad un corretto ed imparziale andamento dell'amministrazione;
- la Difesa civica non può intervenire nell'ambito di controversie tra soggetti privati;
- il Difensore civico può richiedere chiarimenti e informazioni alle autorità amministrative ma non può ad esse sostituirsi nell'esercizio dell'attività amministrativa, nè ha alcuna legittimazione a svolgere attività di controllo, ispettive e interventi in autotutela e /o sospensivi nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni o di soggetti privati;

- ogni conseguente determinazione del Difensore civico sulla base della segnalazione pervenuta, attiene esclusivamente ai profili che attengono alla garanzia dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa.

6.3.3 Esame degli orientamenti giurisprudenziali

Venendo ad esaminare la giurisprudenza che ha affrontato il problema dei limiti alla ostensibilità di esposti e denunce alla richiesta di accesso agli atti amministrativi, secondo un orientamento consolidato, il soggetto che subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza, compresi gli esposti e le denunce che hanno determinato l'attivazione di tale potere (C.d.S., sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 231; sez. V, 19 maggio 2009, n. 3081), non potendo ammettersi che pretese esigenze di riservatezza possano determinare un *vulnus* intollerabile ad un diritto fondamentale della persona, quale quello dell'onore (C.d S., Sez. V, 28 settembre 2012).

Secondo altro orientamento giurisprudenziale (C.d.S., sez.VI, sent. n. 5779/14), l'attività amministrativa da cui il privato può eventualmente ricevere effetti sfavorevoli della propria sfera giuridica e rispetto alla quale ha, dunque, diritto all'accesso, è costituita da quegli atti nei quali si sostanziano le determinazioni della Pubblica Amministrazione procedente, che non costituiscono la risultante automatica delle segnalazioni private, bensì il prodotto delle attività istruttorie che la stessa Amministrazione ha posto in essere.

Alla luce di tale orientamento, considerata l'assenza in capo al Difensore civico di qualsivoglia potere di controllo, ispettivo, di autotutela e/o sospensivo nei confronti della Pubblica Amministrazione e del privato, si potrebbe dubitare della sussistenza del requisito della stretta connessione e del rapporto di strumentalità necessaria rispetto alla tutela delle proprie posizioni soggettive in giudizio, previsto dall'articolo 24 comma 7 della Legge n. 241/1990, ed invocato dal richiedente a supporto della propria richiesta.

Infatti, l'esposto dei cittadini ed il successivo intervento del Difensore civico, una volta valutata la fondatezza del reclamo, non hanno natura necessaria, bensì meramente chiarificatoria ed eventualmente sollecitatoria rispetto ad una funzione già in capo alla Pubblica Amministrazione procedente e che la stessa deve comunque generalmente esercitare, indipendentemente da segnalazioni private, in attuazione del canone di buon andamento delle attività amministrative ex art. 97 della Costituzione.

Sotto un altro profilo, la giurisprudenza ha precisato che una pretesa di accesso a documentazione non adeguatamente circoscritta, per tipologia e soprattutto per contenuto, neppure risulta legittima, in quanto " non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni " (art. 24 , comma3 della l. 241/1990), una non ammissibilità che nella legge è affermata in via assolutamente generale e senza deroghe o delimitazione alcuna eventualmente

collegate al fatto che l'accesso sia richiesto per finalità defensionali (Cons. Stato, sez. VI, 11-04-2017, n. 1692).

Come ribadisce infatti la giurisprudenza citata, un accesso a tutta la documentazione in possesso dell'Amministrazione, determinerebbe una fattispecie di avvenuta conoscenza della documentazione medesima, estesa però a dati ed informazioni né pertinenti rispetto agli scopi defensionali né altrimenti meritevoli di cognizione da parte di chi ha domandato e ottenuto l'accesso.

La decisione del Difensore civico in merito all'istanza di accesso pervenuta

Alla luce della suddetta disamina, il Difensore civico ha ritenuto di dare rilievo al profilo sostanziale che emergeva dalla suddetta istanza, vale a dire l'esigenza della società istante di verificare se da esposti o segnalazioni potessero risultare affermazioni non veritiere o diffamatorie lesive della propria immagine, non potendo non riconoscerne la sua importanza e valenza a carattere generale, in quanto sottesa alla tutela di diritti fondamentali e all'esigenza di trasparenza che connota l'attività della Difesa Civica.

Per questa ragione, il Difensore civico autorizzava il rilascio delle copie delle richieste di intervento formulate dai cittadini all'Ufficio, che potessero riguardare la società istante, dalle quali venivano doverosamente espunti dati personali non ostensibili.

Quanto tuttavia all'ipotizzabilità in astratto del reato di diffamazione nella condotta di chi si rivolge al Difensore civico per richiederne l'intervento nei confronti di pubbliche amministrazioni, veniva peraltro doverosamente rammentato alla società richiedente che i contenuti di tale richiesta debbono essere vagliati alla luce e nell'ottica dell'esercizio di un diritto.

Ciò in quanto l'istituzione dell'ufficio del Difensore civico (Legge regionale 9 dicembre 1981) è espressamente rivolta a consentire a qualsiasi cittadino di sollecitare l'intervento di tale Autorità indipendente, intervento che può essere rivolto a "verificare la sussistenza di eventuali irregolarità, negligenze o ritardi nell'attività della Pubblica Amministrazione" ed anche a "valutare legittimità e merito degli atti amministrativi inerenti ai problemi a lui sottoposti". Dunque chi si rivolge al Difensore civico potenzialmente mette in moto, superato il vaglio sulla fondatezza della richiesta, un controllo sull'attività dell'Amministrazione che è disciplinato da una specifica previsione normativa ed esercita, nella buona sostanza, un diritto lato sensu apparentabile a quello dell'azione in giudizio preveduto dall'articolo 24 della Costituzione.

Quanto all'individuazione della rilevanza penale di offese eventualmente contenute negli scritti rivolti al Difensore civico, che nel caso di specie non si rintracciavano, si precisava altresì che occorrerebbe fare riferimento al disposto dell'articolo 598 c.p. che stabilisce la non punibilità delle stesse nell'ipotesi in cui siano rivolte ad Autorità giudiziarie od amministrative (tra esse, dunque, anche il Difensore civico) e siano connotate da pertinenza con la questione esposta, avendo rilevanza funzionale per l'accoglimento della domanda proposta.

SEZIONE TERZA

PARI OPPORTUNITÀ E ANTIDISCRIMINAZIONE

7. ATTIVITÀ DELL'UFFICIO

7.1 Interventi del Difensore civico in materia di erogazione di servizi e di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno

7.1.1 Rilascio di permesso gratuito di sosta per accompagnatori di persone con disabilità prive di patente

L'ufficio ha avuto modo di occuparsi della questione relativa al rilascio di permesso gratuito di sosta per accompagnatori di persone con disabilità affrontando la segnalazione proveniente da un parente di persona, munita di autovettura, ma priva di patente.

In particolare, l'esponente ha posto il seguente interrogativo: *“perché chi non è più dotato di patente (per ovvi motivi di età e salute) ma è legittimo proprietario di autovettura deve subire la discriminazione di non potere utilizzare la propria autovettura accompagnato dal sottoscritto (figlio del disabile al 100%) e deve pagare la sosta?”*

Al riguardo, il Comune di Torino con Deliberazione della Giunta comunale del 4 giugno 2003 (n. mecc 0303663/06) avente ad oggetto: “Nuova disciplina delle riserve di sosta personali per disabili- Istituzione permesso gratuito di sosta per disabili” ha approvato l'istituzione del permesso gratuito di sosta per disabili (punto 3) disponendo: *“I titolari maggiorenni del contrassegno invalidi con validità 5 anni sprovvisti di patente, possono richiedere ugualmente il permesso gratuito di sosta qualora un membro della propria famiglia sia abilitato alla guida ed abbia la disponibilità di un veicolo ai sensi della lettera precedente; ai fini della concessione del permesso di sosta gratuito, si intende per famiglia quella anagrafica ossia un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela od a vincoli affettivi, **coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune**”.*

La successiva deliberazione del 26 gennaio 2016, parzialmente modificativa della precedente, recita: *“Possono altresì chiedere la riserva personale di sosta i titolari del contrassegno invalidi non abilitati alla guida a condizione che risultino intestatari del veicolo e di essere assistiti con carattere di continuità da un accompagnatore, anche estraneo alla propria famiglia, munito di patente, il quale utilizzerà la riserva di sosta nell'esclusivo interesse della persona disabile.*

Il familiare o l'accompagnatore che dichiarino di assistere con carattere di continuità il disabile devono essere residenti o domiciliati con il disabile stesso e tale condizione deve risultare dai registri dell'Ufficio anagrafe del Comune (residenza o domicilio)”

Tale disposizione, dettata con riferimento alla riserva personale di sosta, nasce evidentemente dalla considerazione secondo cui la persona con disabilità priva di patente, avendo minore autonomia nel

movimento, dovrà fare riferimento ad una assistenza continuativa da parte di altre persone, familiari e non, che necessariamente per svolgere tale compito dovranno convivere con la medesima.

D'altro canto la modifica, così si legge nella premessa della Deliberazione, discende dall'esigenza di scongiurare il fenomeno di un utilizzo della riserva, da parte dei parenti del disabile, abusivo o comunque non conforme allo scopo, spesso rilevato in sede di controlli.

D'altro canto, la riserva di sosta a servizio dei disabili e l'esenzione dal pagamento della sosta non costituiscono obblighi per i Comuni, bensì facoltà loro concessa dalla normativa vigente.

I criteri di assegnazione della riserva e l'esenzione dal pagamento della sosta sono dunque di competenza esclusiva dell'amministrazione comunale e paiono censurabili solo se evidentemente contrastanti con il principio di ragionevolezza.

La norma contenuta nella Deliberazione della Giunta comunale di Torino del 26 gennaio 2016 prevede, infatti, l'esclusione dei parenti non conviventi con il disabile dal novero dei soggetti che possono fruire del trattamento riguardante le riserve di sosta (nel cui ambito rientra l'esenzione dal pagamento della sosta) e, a fortiori, nell'ipotesi in cui la persona con disabilità, pur proprietario di autovettura, per ragioni di età, non sia più titolare di patente di guida e la sua vettura venga utilizzata da familiare con lui non convivente.

Conclusivamente, la scelta è apparsa razionalmente giustificata dalla necessità di evitare abusi nella fruizione dei vantaggi riservati ai disabili, limitandone l'applicazione solo ai soggetti che, risiedendo con un congiunto disabile, siano effettivamente in grado di assisterlo costantemente, anche per quanto riguarda le esigenze di mobilità.

7.1.2 Rilascio tessera BIP di abbonamento agevolato trasporti per disoccupati

È stata sottoposta all'attenzione di questo Ufficio una questione concernente attestazione dello stato di non occupazione ai sensi del D.Lgs 150 /2009, mediante autocertificazione, al fine di ottenere il rilascio dell'abbonamento agevolato per disoccupati.

Il caso ha tratto origine dal diniego opposto dalla Società GTT di Torino ad una cittadina che aveva prodotto la suddetta autocertificazione, in apparente contrasto con quanto chiarito dagli uffici della Direzione Coesione sociale, dell'Agenzia Piemonte Lavoro e dell'Assessorato al Lavoro e all'Istruzione della Regione Piemonte che avevano confermato il diritto all'abbonamento sul presupposto che la normativa introdotta dal D.Lgs. 150/2015 ha *“precisato che le norme nazionali o regionali ed i regolamenti comunali che condizionano le prestazioni di carattere sociale allo stato di disoccupazione si intendono riferite alla condizione di non occupazione”* che può essere autodichiarata e *“non è direttamente collegata al certificato rilasciato dal Centro per l'Impiego in quanto nella nozione di non occupazione rientrano sia i soggetti privi di lavoro sia i soggetti con rapporto di lavoro di scarsa entità (8.000 euro per i lavoratori subordinati e 4800 se lavoratori autonomi)* per cui per ottenere le

agevolazioni occorre “ *semplicemente dichiarare la condizione di non occupazione (presumibilmente per scarsa entità) e GTT eventualmente chiedere la verifica al Centro per l'impiego*”

Al riguardo, questo ufficio ha avviato un intervento presso gli uffici della GTT e del Comune di Torino osservando come l'art. 19 comma 7 del D.Lgs. 150/2015 abbia quale scopo precipuo quello di evitare “*l'ingiustificata registrazione come disoccupato da parte di soggetti non disponibili allo svolgimento di attività lavorativa*” al solo fine di accedere a prestazioni di carattere sociale e, di conseguenza, le disposizioni dei regolamenti comunali che condizionano tali prestazioni allo stato di disoccupazione debbono essere riferiti, ovvero applicati, in riferimento alla ‘condizione di non occupazione’.

Pertanto, nell'ottica di garantire trasparenza e legalità dell'azione amministrativa e quindi superare ostacoli e/o limiti alla piena ed incondizionata applicazione della normativa vigente, si è richiesto agli Uffici del Comune di Torino e del Gruppo Torinese Trasporti di fornire una risposta alle richieste di chiarimenti dell'esponente, con particolare riferimento alle osservazioni espresse dagli uffici della Regione Piemonte in merito alla condizione di non occupazione, come definita dall'art. 19 del D.Lgs. 150/2015 e dalla circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, quale requisito per richiedere abbonamento agevolato.

In merito, il Comune di Torino ha fornito risposta evidenziando di volere corrispondere al dettato normativo e di intendere “*modificare la disciplina delle agevolazioni tariffarie introducendo, tra l'altro l'ISEE, per rendere effettive le ragioni di equità sociale*”.

In questo modo le nuove disposizioni si conformeranno alla nozione di non occupazione e potranno garantire sia la sostenibilità finanziaria per il Comune sia la verifica della veridicità delle dichiarazioni.

7.1.3 Concessione contributo a fondo perduto per abbattimento barriere architettoniche

Nel corso dell'anno sono pervenute all'Ufficio richieste di informazioni e di intervento in merito alla concessione di contributo per abbattimento barriere architettoniche.

In particolare le segnalazioni, provenienti da persone le cui istanze erano già state trasmesse dai competenti comuni agli uffici della Regione Piemonte, hanno riguardato richieste di chiarimento in ordine alla mancata attivazione della procedura per la formulazione della graduatoria regionale in applicazione della L. 13/1989 e la mancata assegnazione ed erogazione del beneficio relativo alla graduatoria anno 2011 (D.D. 9.03.2012, n. 117), per cui all'utenza non risultavano essere state fornite comunicazioni ufficiali.

Pertanto l'ufficio, ritenuta la rilevanza della questione e nell'intento di fornire una compiuta informazione, ha chiesto all'assessore alle Politiche sociali e all'Assessora alle pari Opportunità e alla Direzione Coesione sociale, chiarimenti sui tempi con cui si intende dare seguito alla procedura di attivazione della graduatoria e all'assegnazione ed erogazione dei contributi relativi all'anno 2011.

Inoltre, nel segno della trasparenza quale necessario presupposto di un'attività improntata ai principi della "buona" amministrazione, l'Amministrazione e gli uffici regionali sono stati interpellati per conoscere le modalità con cui è stata, ovvero sarà, fornita comunicazione ai richiedenti delle ragioni del mancato finanziamento, tenuta presente la rilevanza dell'aspettativa a fronte di precedenti oneri finanziari assunti dall'Amministrazione regionale per l'erogazione del contributo e del bisogno attinente alla libertà di movimento delle persone con disabilità.

Al riguardo, la Direzione coesione sociale ha risposto evidenziando che il fondo per il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati, istituito con legge nazionale 9 gennaio 1989, n. 13 è stato alimentato costantemente nei primi tre anni, poi gradualmente gli stanziamenti sono stati ridotti fino a giungere nel 2004 all'azzeramento dei trasferimenti.

A partire dal 2005 le domande sono state integralmente finanziate con fondi del bilancio regionale, ma le risorse reperite non sono state sufficienti a coprire il fabbisogno.

L'ultima graduatoria approvata dalla Regione comprende le domande presentate dai cittadini nel 2011 e tiene conto anche delle istanze presentate negli anni precedenti non ancora finanziate. Il fabbisogno è di oltre 4,6 milioni di euro e quello stimato fino al 2016 è di circa 21,5 milioni di euro.

La Regione ha quindi approntato alcune iniziative: da un lato sollecitare il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture per il rifinanziamento del fondo e la revisione della normativa sotto il profilo delle procedure e dei criteri di applicazione, dall'altro iscrivere a bilancio ulteriori risorse regionali con l'obiettivo di dare positiva risposta alle domande presenti in graduatoria.

Attualmente sono stati iscritti 1,5 milioni per il 2017 e 2,3 milioni per l'anno 2018.

7.1.4 Requisito della residenza per punteggi previsti per l'assegnazione di alloggi di edilizia sociale di riserva per emergenza abitativa

Il Centro regionale contro le discriminazioni previsto dalla legge regionale 5 del 2016 ha trasmesso a questo Ufficio, per una valutazione, copia della Deliberazione della Giunta comunale di Alessandria, avente ad oggetto: "*Regolamento comunale per l'assegnazione degli alloggi di edilizia sociale di riserva per le emergenze abitative. Aggiornamento punteggi*" con cui è stato approvato "*l'aggiornamento dell'art. 15 –Attribuzione punteggi del regolamento per l'assegnazione degli alloggi di edilizia sociale di riserva per le emergenze abitative con l'introduzione del criterio della residenza quale priorità alle famiglie con più anni di residenza nel Comune di Alessandria*".

In particolare, l'appunto del Centro regionale si incentrava sulla circostanza che il Comune di Alessandria aveva previsto di attribuire in riferimento alla residenza dei richiedenti l'emergenza abitativa, i seguenti ulteriori punteggi, aggiungendoli a quelli già in precedenza stabiliti dal Regolamento:

Residenza oltre 3 e fino a 5 anni: zero punti

Residenza oltre 5 e fino a 10 anni: punti 1

Oltre i 10 anni a 15 anni: punti 3

Oltre i 15 anni: punti 5

Al riguardo, il centro regionale contro le discriminazioni segnalava possibili profili di contrasto del regolamento rispetto alla legge regionale 23.03.2016 n. 5 (*Norme di attuazione del divieto di ogni forma di discriminazione e della parità di trattamento nelle materie di competenza regionale*) e alla legislazione e alla giurisprudenza costituzionale inerente l'edilizia sociale.

Pertanto, il Difensore civico ha avviato ad un'indagine volta a rilevare, anche ai sensi dell'art. 14 della legge regionale 5 del 2016, possibili profili discriminatori del regolamento comunale in oggetto, dopo aver sentito i funzionari responsabili della Direzione Politiche Economiche, Abitative e Protezione civile del Comune di Alessandria.

A seguito dell'indagine l'Ufficio ha inviato la seguente comunicazione:

“Premessa normativa sul riparto di competenze tra Regione Piemonte e Enti locali in materia di edilizia sociale

In attuazione dell'art. 117 della Costituzione e dell'art. 10 dello Statuto, la Regione Piemonte riconosce e promuove il diritto all'abitazione mediante politiche territoriali e abitative tese ad assicurare il fabbisogno delle famiglie e delle persone meno abbienti e di particolari categorie sociali

*L'art. 3 della legge regionale n. 3 del 2010 ha introdotto, tra gli altri, requisiti necessari per conseguire l'assegnazione di un alloggio, l' **“essere residente o prestare attività lavorativa da almeno tre anni nel comune che emette il bando di concorso (o in uno dei comuni del medesimo ambito territoriale di cui all'articolo 5, comma 2) e ha riconosciuto ai comuni la facoltà, in sede di bando, di incrementare tale requisito fino ad un massimo di ulteriori due anni.***

La Commissione di nomina regionale istituita presso l'ATC competente forma la graduatoria, previa verifica del possesso da parte dei richiedenti dei requisiti previsti ed attribuisce i punteggi secondo il regolamento approvato con decreto del Presidente della Giunta regionale 4.10.2011, n. 10/R (Regolamento dei punteggi in attuazione dell'art. 8 comma 1 della legge regionale 17.02.2010, n. 3) in relazione alle condizioni sociali, economiche e abitative⁵⁸.

⁵⁸

- a) richiedenti che abitano con il nucleo richiedente da almeno due anni in baracche, stalle, seminterrati, centri di raccolta, dormitori pubblici o comunque in ogni altro locale procurato a titolo temporaneo dagli organi preposti all'assistenza pubblica o in altri locali impropriamente adibiti ad abitazione e privi di servizi igienici propri regolamentari, quali soffitte e simili;
- b) richiedenti che devono lasciare strutture penitenziarie, altre strutture ospitanti o famiglie affidatarie per raggiunti limiti di età, conclusione del programma terapeutico, scadenza dei termini previsti da convenzioni per la permanenza in locali concessi a titolo temporaneo;
- c) richiedenti nel cui nucleo richiedente sono presenti uno o più soggetti con anzianità di contribuzione nella gestione case per i lavoratori (GESCAL);
- d) richiedenti che abitano con il nucleo richiedente in alloggio il cui stato, certificato dal comune, sia considerato scadente. Per alloggio scadente si intende l'unità immobiliare che non dispone di impianto elettrico o di impianto idrico con acqua corrente nella cucina e nei servizi o che non dispone di servizi igienici privati o che dispone di servizi igienici comuni a più unità immobiliari. Per alloggio scadente si intende altresì l'immobile in cui risultano in scadenti condizioni almeno quattro dei seguenti elementi, dei quali tre devono essere propri dell'unità immobiliare:
 - e) elementi propri dell'unità immobiliare:
 - f) pavimenti;
 - g) pareti e soffitti;
 - h) infissi;
 - i) impianto elettrico;
 - j) impianto idrico e servizi igienico-sanitari;

L'assegnazione degli alloggi degli alloggi é di competenza del Comune nel quale gli immobili sono situati (art. 5) che provvede alla raccolta delle domande, alla verifica della loro regolarità e della sussistenza della documentazione.

Inoltre, la succitata legge regionale autorizza all'articolo 10 i Comuni ad assegnare su riserva, ossia fuori dal bando di concorso e delle graduatorie di cui all'articolo 5, un'aliquota non eccedente il 25 per cento, arrotondata all'unità superiore, degli alloggi che si rendono disponibili su base annua, per far fronte alle situazioni di emergenza abitativa previste con il regolamento di cui all'articolo 2, comma 5.

La legge regionale 3/2010 prevede all'art. 10 comma 4 della l.r. 3/2010 che la Commissione regionale accerti i requisiti previa verifica dei Comuni interessati.

I Comuni ad alta tensione abitativa sono autorizzati ad assegnare un'ulteriore aliquota non eccedente il 25 per cento degli alloggi che si rendono disponibili su base annua, di cui almeno la metà per far fronte alla sistemazione di nuclei familiari soggetti a sfratto esecutivo

Per le assegnazioni degli alloggi effettuate su riserva devono comunque sussistere i requisiti prescritti dall'art. 3 della l.r. 3/2010

Il Regolamento Regionale, disposto in attuazione dell'articolo 2, comma 5, della Legge regionale n. 3/2010 ed approvato con il Decreto del Presidente della Giunta 4 ottobre 2011 n. 12/R, definisce (art.6) le situazioni di emergenza abitativa indicando cinque distinte fattispecie riferite ai nuclei che:

- 1. Sono assoggettati a procedure esecutive di sfratto o a decreto di trasferimento conseguente a procedura esecutiva immobiliare o a rilascio dell'abitazione coniugale a seguito di sentenza di assegnazione dell'altro coniuge;*
- 2. Devono forzatamente rilasciare l'alloggio in cui abitano a seguito di ordinanza di sgombero o in conseguenza di eventi calamitosi che lo rendono inutilizzabile;*

-
- k) impianto di riscaldamento;
 - l) 2) elementi comuni:
 - m) 2.1) accessi, scale e ascensore;
 - n) 2.2) facciate, coperture e parti comuni in genere;
 - o) richiedenti che abitano con il nucleo richiedente in alloggio privo di servizio igienico completo o provvisto di servizio igienico esterno all'abitazione o in comune con altre famiglie. Per servizio igienico incompleto si intende quello non composto di wc, lavabo e doccia o vasca;
 - p) richiedenti che abitano con il nucleo richiedente in alloggio non adeguato per dimensioni;
 - q) richiedenti che abitano da almeno due anni con il nucleo richiedente, composto da almeno due unità, in uno stesso alloggio con altro o più nuclei familiari, anche essi composti da almeno due unità;
 - r) richiedenti con ISEE di entità inferiore, rispettivamente, al 30, al 50 ed al 70 per cento del limite di accesso;
 - s) richiedenti che debbono abbandonare l'alloggio: 1) in quanto fruente di alloggio di servizio, per collocamento in quiescenza, per trasferimento di ufficio, per cessazione non volontaria del rapporto di lavoro; 2) a seguito di ordinanze di sgombero o per motivi di pubblica utilità o per esigenze di risanamento edilizio, risultanti da provvedimenti emessi dall'autorità competente non oltre tre anni prima della data del bando di concorso; 3) a seguito di sentenza esecutiva di sfratto; 4) a seguito di monitoria di sgombero conseguente a sentenza esecutiva di sfratto;
 - l) richiedenti che hanno superato il sessantacinquesimo anno di età, vivono soli o in coppia quali coniugi o conviventi more uxorio, entrambi non esercitanti alcuna attività lavorativa, anche se con uno o più minori a carico;
 - m) richiedenti che contraggono matrimonio entro la data di scadenza del bando di concorso o che lo hanno contratto non oltre due anni prima della data di pubblicazione del bando stesso;
 - n) richiedenti nel cui nucleo richiedente sono presenti invalidi con grado di invalidità almeno pari al 67 per cento, malati di Aids conclamato, minori o anziani con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni propri dell'età, anche in relazione all'anzianità ed alla presenza di barriere architettoniche;
 - o) cittadini italiani emigrati all'estero, che rientrano in Italia per stabilirvi la loro residenza;
 - p) p) profughi rimpatriati da non oltre un quinquennio e che non svolgono attività lavorativa e stranieri che hanno ottenuto lo status di rifugiato;
 - q) nuclei richiedenti composti da almeno cinque persone;
 - r) richiedenti già inseriti in precedenti graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia sociale;
 - s) richiedenti titolari di pensione o assegno sociale;
 - t) coniuge superstite o figlio di appartenente alle forze dell'ordine, alle forze armate, ai vigili del fuoco, ad altra pubblica amministrazione, deceduto per motivi di servizio, nonché coniuge superstite o figlio di caduti sul lavoro.

3. *Abitano un alloggio dichiarato, dalla competente azienda sanitaria locale, non idoneo all'abitazione, in relazione alle condizioni di salute di uno o più degli occupanti;*
4. *Si trovano nella condizione di profughi o rifugiati;*
5. *Risultano ospiti da almeno tre mesi di dormitori pubblici o di altra struttura alloggiativa procurata a titolo temporaneo dagli organi preposti all'assistenza pubblica.*

Alcuni Comuni hanno individuato ulteriori requisiti specifici ai fini del punteggio, all'uopo istituendo specifiche Commissioni per l'Emergenza Abitativa ai fini del rilascio di parere favorevole.

Pertanto, la succitata Commissione verifica il possesso dei requisiti generali per l'assegnazione e, al contempo, accerta il possesso dei requisiti specifici in capo al richiedente l'alloggio sociale che si trovino nelle situazioni di emergenza abitativa definite dal Regolamento regionale 12/2011.

L'attività di verifica si concretizza nella formulazione di un parere da parte della Commissione comunale per l'Emergenza abitativa.

*Il parere favorevole della succitata commissione è condizione necessaria per la richiesta, formulata dai competenti uffici comunali, alla **Commissione regionale (istituita ai sensi dell'art. 7 della l.r. 30/2010) di accertare il possesso dei requisiti generali di legittimità e la condizione di emergenza abitativa, già verificati dalla Commissione comunale.***

I regolamenti inoltre hanno individuato punteggi da assegnare per formare la graduatoria in base alla quale viene disposta da parte dei competenti uffici comunali l'assegnazione degli alloggi.

Il merito della questione

Il quesito proposto dal Centro contro le discriminazioni riguardava l'ammissibilità dell'inserimento della "residenza qualificata" (permanenza da più anni nel territorio comunale) come fattore determinante una maggiorazione di punteggio nel regolamento comunale che stabilisce i criteri di ammissione dei richiedenti alla graduatoria dell'emergenza abitativa.

La scelta operata dal Comune di Alessandria si inseriva nel contesto di una ampia e stabilizzata tendenza, ravvisabile nelle politiche regionali e locali, tendente a valorizzare il più possibile lo status implicato dalla residenza, a scapito di quello della cittadinanza, così affiancandosi al cittadino, nella titolarità astratta dei diritti sociali, un nuovo soggetto: colui che risiede legalmente all'interno di un territorio sub statale amministrativamente definito⁵⁹.

In tal senso è stata rilevata la tendenza ad "istituire" un sistema di cittadinanze locali che presenterebbe il rischio di trasformarsi in un sistema ad excludendum nel momento in cui si renda l'anzianità dei "diritti anagrafici" funzionale all'esercizio concreto di diritti fondamentali.

⁵⁹ C.f.r. Elena Ponticelli, "La giurisprudenza costituzionale in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale", in Osservatorio costituzionale, Fascicolo 2/16

Il che porterebbe come conseguenza che, quando il riconoscimento per l'accesso ai diritti sociali, o ad alcuni di essi, si verifici in base alle regole che valorizzano i requisiti minimi di residenza, la scelta finirebbe per sfavorire subdolamente gli ultimi arrivati, gli immigrati, ed inoltre penalizzerebbe irragionevolmente anche i cittadini italiani "colpevoli" di cambiare spesso residenza⁶⁰

La Corte Costituzionale ha però manifestato in molteplici occasioni un orientamento volto a dichiarare illegittimo l'inserimento nella legislazione nazionale e regionale, non solo di limitazioni nell'accesso a prestazioni sociali ed economiche derivanti dalla cittadinanza, ma anche dalle scelte normative tese a valorizzare irragionevolmente le cittadinanze locali.

Al riguardo, è stata considerata anzitutto la decisione 432/2005 che aveva ad oggetto il tema della non inclusione degli stranieri residenti fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico nella Regione Lombardia. In quell'occasione la Corte, dopo aver riconosciuto che in quel caso la legge regionale aveva previsto un regime di favore eccedente i limiti dell'essenziale, aveva affermato il principio secondo cui le scelte connesse alla individuazione delle categorie di beneficiari –pur se condizionate dalla limitatezza delle risorse- debbano essere sempre operate nel rispetto del principio di ragionevolezza. Sulle modalità di individuazione dell'irragionevolezza il criterio individuato dalla Corte con riferimento alla valorizzazione delle cittadinanze locali esige che una tale opzione si ponga in coerenza con le finalità che il legislatore intenda perseguire⁶¹ e che le prestazioni sociali oggetto di scrutinio non eccedano il nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana⁶².

Nella decisione 172/2013 la Corte ha inoltre affermato il principio secondo cui la questione che assume valore dirimente agli effetti del sindacato di costituzionalità non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza quanto piuttosto il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e benefici di ordine economico che il legislatore (statale o regionale) ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie deboli. La compatibilità costituzionale delle scelte legislative va dunque affermata se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale, la misura presa in considerazione integri un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona umana.

Venendo ora alle scelte legislative operate in tema di rapporto tra il requisito della residenza qualificata e l'accesso all'edilizia sociale vanno segnalate particolarmente le sentenze 122/2013 e 168/2014.

Nella prima la Corte ha osservato che le politiche sociali delle Regioni, legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi, ben possono prendere in considerazione un radicamento ulteriore rispetto a quello dimostrato dalla sola circostanza della residenza, considerato che l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, può richiedere garanzie di stabilità che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia. Tali eventuali esigenze -aggiunge la Corte- possono però essere soddisfatte solo a condizione di adottare

⁶⁰ Elena Ponticelli, cit

⁶¹ c.f.r. Ordinanza 32/2008

⁶² Sentenza 141/2014

canoni selettivi rispondenti al principio di ragionevolezza che, dunque, siano coerenti ed adeguati a fronteggiare le situazioni di bisogno e di disagio riferibili direttamente alla persona in quanto tale. Siffatta coerenza del requisito della permanenza della residenza nel territorio regionale è stata conclusivamente affermata con riferimento all'assegnazione di alloggi pubblici in locazione e negata invece, nel contesto della medesima decisione, con riferimento a misure di contrasto all'indigenza ed al diritto allo studio (articoli 2 ed 8 della Legge regionale Friuli numero 16 del 2011.

Con la decisione 222/13 la Corte ha inoltre pronunciato declaratoria di illegittimità dell'articolo 9 della Legge 16/2011 nella parte in cui, solo per gli stranieri non comunitari, aveva introdotto un ulteriore onere, quello della residenza quinquennale nel territorio nazionale.

Nel medesimo solco si iscrive la sentenza 168 del 2014 con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 19, comma 1, lettera b), della Legge regionale 3/13 della Valle d'Aosta nella parte in cui annoverava, tra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della residenza nella regione da almeno 8 anni. Requisito ritenuto incoerente con le finalità della legge in quanto in grado di impedire l'accesso alla provvidenza proprio a coloro che possano essersi trovati in condizioni di maggior difficoltà e disagio abitativo.

A ciò si aggiungeva che, in alcune occasioni, nel motivare le proprie scelte in ordine al requisito della residenza qualificata la Corte ha ribadito la legittimità, in astratto, per la Regione -in quanto ente esponenziale di una comunità operante su di un determinato territorio- dell'assunzione di scelte indirizzate a favorire i propri residenti anche in rapporto al contributo che essi abbiano apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo. Tali opzioni non sono però consentite –così si esprime la Corte- quando siano in gioco provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona piuttosto che destinate al sostegno dei membri della comunità.

Sulla scorta di questa disamina dedicata alla normativa regionale e alla giurisprudenza costituzionale in tema di residenza qualificata si è quindi passati alla valutazione (invocata dalla richiesta di intervento del Centro regionale contro le discriminazioni) dei contenuti dell'articolo 15 del regolamento approvato dal Comune di Alessandria in data 7 novembre 2016 riguardante l'assegnazione degli alloggi di edilizia sociale di riserva per le emergenze abitative, evidenziando quanto segue.

Le norme contenute nei regolamenti comunali, inerenti l'edilizia sociale, si connotano per il rispetto dei seguenti principi:

- 1) Al pari di ogni altra fonte secondaria, non possono derogare o contrastare con la Costituzione, né con i principi in essa contenuti. Poiché l'articolo 134 della carta fondamentale restringe il sindacato di costituzionalità alle sole fonti di rango primario, con esclusione delle fonti secondarie, i regolamenti rimangono soggetti al regime di tutti gli atti amministrativi e, in sede giurisdizionale, possono essere disapplicati dal Giudice Ordinario allorché si pronunci in materia di diritti soggettivi ovvero annullati dal Giudice Amministrativo ove affetti da un vizio di legittimità. In ogni caso, fatte salve le debite distinzioni tra i regolamenti e gli atti normativi sottoponibili al vaglio della Corte (leggi) deve comunque evidenziarsi come i principi affermati*

dalla Corte -che si sono prima sinteticamente esposti- debbano costituire, anche in materia di emanazione di regolamenti, limite e criterio ispiratore dell'operato dei Pubblici Amministratori;

- 2) A ciò si aggiunga che l'art. 89 lett m) e n) della legge regionale 44/2000 attribuisce alla Regione, nell'interesse unitario, la determinazione dei limiti di reddito e dei requisiti soggettivi per l'accesso ai benefici dell'edilizia residenziale pubblica e la fissazione delle norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica destinati all'assistenza abitativa, nonché la determinazione dei relativi canoni.

In ossequio a tale disposizione, l'art. 3 della l.r. 3/2010 ha provveduto ad individuare i requisiti per l'assegnazione di un alloggio di edilizia sociale, salvo attribuire alla potestà regolamentare della Giunta regionale l'individuazione dei punteggi da assegnare in relazione alle condizioni sociali, economiche ed abitative (regolamento regionale n.10/R).

E, per quanto riguarda l'emergenza abitativa, da attuare per mezzo di immobili di edilizia sociale, la legge 3/2010 ha ribadito la necessaria presenza dei requisiti generali previsti per l'assegnazione di immobili di edilizia sociale e a tali requisiti ha aggiunto (art.10) quelli relativi alla condizione di emergenza abitativa, anch'essi individuati con regolamento regionale n. 12/R, e oggetto di verifica da parte dei Comuni.

Il succitato regolamento regionale non ha ricompreso tra le condizioni di emergenza abitativa il requisito della residenza.

- 3) Alcuni Comuni hanno provveduto attraverso regolamento ad individuare tra le condizioni di edilizia abitativa requisiti specifici e sulla base di essi hanno elaborato i relativi punteggi.

D'altro canto, l'art. 10 della l.r. 3/2010, nel solco dell'esercizio unitario della funzione amministrativa connessa all'assegnazione degli alloggi di edilizia sociale -sancito dall'art. 89 della legge regionale 44/2000- ha attribuito ai Comuni esclusivamente il compito di verifica dei requisiti e, siffatta competenza amministrativa, non potrebbe che svilupparsi mediante un'attività di "specificazione", escludendo la possibilità di individuare requisiti ulteriori.

Orbene, l'articolo 15 del Regolamento del Comune di Alessandria é intervenuto a disciplinare l'attribuzione dei punteggi in tema di assegnazione degli alloggi di edilizia sociale di riserva per le emergenze abitative; materia disciplinata dall'articolo 10 della Legge regionale 3 del 17 febbraio 2010 che autorizza i Comuni a riservare una quota parte degli alloggi di edilizia residenziale pubblica per far fronte alle situazioni di emergenza abitativa.

La norma regionale non individua quali siano le situazioni di "emergenza" rilevanti ai fini dell'assegnazione delle "riserve", delegandone l'individuazione ad una successiva disciplina (il relativo regolamento è stato poi approvato il 4 ottobre del 2011); dovendo il termine utilizzato dal legislatore essere riferito a situazioni di particolare bisogno e di natura eccezionale, ulteriori rispetto a quelle "ordinarie" prese in considerazione dalla legge in materia di edilizia sociale che, in linea generale, è indirizzata anzitutto a soddisfare "il fabbisogno delle famiglie e delle persone meno abbienti e di particolari categorie sociali".

Secondo il regolamento regionale 12/R sono considerate situazioni di emergenza abitativa quelle dei nuclei assoggettati a procedure di sfratto o a decreto di trasferimento conseguente a procedura esecutiva immobiliare o a rilascio dell'abitazione a seguito di sentenza di assegnazione all'altro coniuge o ad ordinanza di sgombero conseguente ad eventi calamitosi, che abitino in alloggi insalubri, i cui membri siano profughi o rifugiati o, infine, che risultino ospiti, da almeno tre mesi, di dormitori od altre strutture pubbliche destinate all'emergenza.

Il Regolamento del Comune di Alessandria prende, invece, in considerazione, ai fini dell'attribuzione dei punteggi, ulteriori requisiti non presenti in quello approvato dalla Regione tra cui la presenza nel nucleo di minori oppure di ultrasessantacinquenni o di invalidi che ben possono avere rilievo ai fini della valutazione del bisogno di accesso all'edilizia residenziale pubblica ma che non appaiono rilevanti nella valutazione delle emergenza abitativa né coerenti con le previsioni del regolamento regionale.

Vi è poi il comma 2 di nuova formulazione che prende in esame la circostanza di una pregressa residenza nel comune, assegnando ad essa punteggi crescenti in riferimento al numero di anni di residenza. Punteggi che esprimono una assai accentuata premialità nei confronti delle residenze particolarmente risalenti nel tempo (tre punti oltre 10 e fino a 15 anni, 5 punti oltre i 15 anni) tanto da far risultare prevalente ai fini dell'assegnazione, anche in presenza di due diversi fattori produttivi di esigenza emergenziale (ad esempio sfratto esecutivo e provenienza da un dormitorio pubblico), la dimostrazione di una pregressa residenza nel territorio comunale superiore a 15 anni.

Il Difensore civico ha quindi proceduto ad una valutazione sulla coerenza rispetto alla molteplice ed ormai consolidata giurisprudenza della Corte, i cui principi devono trovare applicazione anche in una disciplina di rango secondario.

Come si è già visto, la Corte Costituzionale ha infatti più volte sottolineato che, se da un lato può essere preso in considerazione il legame esistente tra il richiedente l'ammissione ad una provvidenza sociale ed il suo legame lavorativo, familiare ed affettivo con il territorio in cui ha risieduto, una preferenza accordata in funzione del radicamento nel territorio può essere operata solo a condizione che non sia violato il principio di ragionevolezza, in base al quale una tale preferenza è accordabile soltanto con riferimento a prestazioni che eccedano l'essenziale.

Di conseguenza, il principio dell'essenzialità della prestazione induce a osservare che, nell'ambito dell'emergenza abitativa, la distinzione tra le persone dotate di residenza qualificata e quelle, altrettanto bisognose, prive di tale requisito (contenuta nell'art. 15 del regolamento del Comune di Alessandria per l'attribuzione di punteggi) prospetta alcune criticità che meritavano approfondimento, con particolare riferimento a:

- 1. coerenza con la finalità di fronteggiare le straordinarie situazioni di bisogno e di disagio conseguenti disciplinate dalla norma regionale sull'emergenza abitativa;*

2. *inerenza con le finalità dell'istituto dell'emergenza abitativa, provvidenza che nel contesto dell'edilizia sociale trova la sua specifica giustificazione e finalizzazione nella necessità di dare risposta a bisogni eccezionali;*
3. *ragionevolezza della "premieria" concessa ai residenti da maggior tempo in una misura tale da superare, rendendolo irrilevante, ogni altro punteggio stabilito dal Regolamento;*
4. *mancato rispetto della legge regionale 3/2010 per avere individuato requisiti ulteriori rispetto a quelli definiti con regolamento regionale 12/R*

Pertanto, ai sensi dell'articolo 14 della legge regionale 5 del 2016, il Difensore civico ha raccomandato all'Amministrazione comunale di considerare le osservazioni formulate ai fini di un'eventuale riforma del Regolamento."

8. SPUNTI DI RIFLESSIONE

IL PRINCIPIO DI PARI OPPORTUNITÀ E LA RICERCA DEL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA SOLIDARIETÀ E CRISI ECONOMICA

In tempi di recessione economica, i diritti dei soggetti più fragili e tradizionalmente discriminati rischiano di essere messi in discussione dalle ristrettezze della finanza pubblica e dalla conseguente limitazione o riduzione di politiche sociali ed inclusive, che rappresentano lo strumento attraverso cui le persone esercitano i propri diritti di cittadinanza in condizione di eguaglianza e senza discriminazioni.

I tagli dettati dalla crisi e dai vincoli assunti in sede europea e internazionale hanno determinato, infatti, una drastica riduzione della spesa, proprio in quei settori fondamentali per l'effettività e la garanzia dei diritti dei soggetti più fragili.

La netta riduzione di politiche di *welfare* ha aumentato il divario sociale, aggravando le diseguaglianze e mettendo in discussione, in alcuni casi, lo stesso nucleo irriducibile dei diritti fondamentali delle persone più svantaggiate producendo un impatto anche su altre "differenze", come quelle di genere, culturali, etniche, religiose, che caratterizzano una società sempre più complessa, globale e multiculturale⁶³.

I servizi pubblici erogati dalla P.a. rendono effettivi i diritti sociali e costruiscono la cittadinanza sociale⁶⁴: universalità, eguaglianza ed equità di accesso alle prestazioni e ai servizi costituiscono strumenti di garanzia del principio di pari opportunità e non discriminazione dell'azione amministrativa.

Già dagli ultimi decenni del secolo scorso abbiamo assistito ad un ampliamento delle posizioni soggettive rilevanti rispetto alla sfera del potere pubblico autoritativo⁶⁵ e alle scelte compiute da quest'ultimo nell'ambito dell'allocazione delle risorse economiche necessarie all'attuazione dei diritti sociali.

Nei seguenti paragrafi saranno affrontati alcuni temi inerenti alla diminuzione delle prestazioni offerte in ragione dei principi di equilibrio dei bilanci pubblici e alla selezione dei beneficiari in base alla cittadinanza e alla residenza.

⁶³ C. Siccardi "Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità" Forum di "Quaderni costituzionali", 2 settembre 2016

⁶⁴ A. Pajno "Rapporti tra le Corti Diritti fondamentali e immigrazione", federalismi 8 novembre 2017

⁶⁵ A. Pajno, *Ibidem*, pag. 3

L'analisi delle relative questioni permette di affrontare il problema del difficile equilibrio tra solidarietà- erogazione di diritti sociali, da un lato, e crisi economica -perdita di sicurezza, dall'altro, aspetti che costituiscono punti cruciali per misurare l'effettività dei diritti e l'attuazione del principio di pari opportunità e non discriminazione.

8.1 Equilibri di bilancio e tutela dei diritti sociali. La diminuzione delle prestazioni offerte.

Il presente paragrafo intende analizzare la questione della allocazione di risorse economiche nell'ambito di diritti sociali a seguito della introduzione del principio del pareggio di bilancio sancito dall'art. 81 della Costituzione.

In particolare, si tratta di capire se l'introduzione del principio abbia comportato o meno un radicale mutamento della politica finanziaria a livello statale e locale, finendo con il sacrificare sull'altare della sostenibilità finanziaria anche la tutela dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti sociali.

Perciò, attraverso la disamina della giurisprudenza della Corte costituzionale, si intendono esaminare i parametri di effettività dei diritti sociali "ai tempi della crisi", con particolare riferimento all'attività di programmazione delle Amministrazione e al principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

8.2 Brevi cenni sul principio del pareggio di bilancio e sul contenuto della riforma costituzionale 1/2012

Il primo ordine di conseguenze derivante dall'introduzione del principio di pareggio del bilancio é quello che consente alla Corte costituzionale il controllo di ciò che in precedenza costituiva solo un obiettivo politico e non un obbligo giuridico⁶⁶.

Il che ha portato una parte della dottrina a ritenere che la costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio abbia modificato radicalmente la nostra Carta costituzionale, che dopo la riforma deve privilegiare le procedure di contenimento della spesa pubblica, condizionando i diritti di prestazione al potere di spesa. Spetterebbe, allora, alla Corte bilanciare i diritti sociali cioè "i diritti che costano", con le esigenze finanziarie di bilancio, per cui una legge limitativa della loro tutela, trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario, potrebbe sottrarsi a censure di incostituzionalità, anche se prospettate in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.

Sul versante opposto, si colloca invece un'altra parte della dottrina che evidenzia come la stessa legge costituzionale estendendo anche a Comuni, Province e Città metropolitane e Regioni il vincolo di pareggio del bilancio (per cui secondo l'art. 119 Cost. "*concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*"), in ogni caso ha previsto "*per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri*

⁶⁶ Erik Furno "Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili" in Consulta on line 16 marzo 2017 p.108

economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni" che possano andare in disavanzo, ammettendo l'intervento «speciale» dello Stato, che quindi anche in deroga all'art. 119 della Costituzione, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali in inerenti ai diritti civili e sociali». Quindi, se da un lato anche le Regioni e gli enti territoriali devono concorrere al rispetto dell'equilibrio di bilancio e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'Unione europea, dall'altro, però, è consentito allo Stato di concorrere a garantire, in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. g), della legge cost. n. 1 del 2012, ai livelli essenziali delle prestazioni e dei diritti fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali.

In altri termini, anche in presenza di stringenti vincoli finanziari conseguenti all'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio e dei limiti per procedere all'indebitamento, le pubbliche amministrazioni regionali e locali potrebbero continuare ad erogare prestazioni pubbliche considerate "essenziali" o collegate a funzioni "fondamentali".⁶⁷

8.3 La tutela delle posizioni giuridiche inerenti ai diritti sociali e le decisioni della Corte costituzionale

La questione della garanzia dei diritti sociali, rispetto all'equilibrio dei bilanci, è stata oggetto di attenzione della Corte Costituzionale a partire dagli anni '90⁶⁸.

La Consulta nell'affrontarla ha fatto ricorso a varie formule: "diritti finanziariamente condizionati", "principio di gradualità delle riforme onerose", "limitatezza delle risorse disponibili", "diritti sociali condizionati" oppure "modulazione degli effetti temporali" delle proprie decisioni.

Con ciò rendendo palese lo sforzo di bilanciare la tutela dei diritti onerosi con le esigenze finanziarie al fine di non gravare ulteriormente i conti dello Stato, riconoscendo quindi ampia discrezionalità al legislatore nell'attuazione dei diritti sociali e limitando il suo sindacato ai soli casi di manifesta irragionevolezza nel rispetto del nucleo irriducibile di tali diritti, il c.d. livello minimo essenziale⁶⁹ dei diritti sociali.

Ciò vale a dire che nel bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze finanziarie non prevalgono i diritti ma solo il loro nucleo essenziale, che non può essere vanificato dal legislatore, senza violare la dignità della persona umana.

In particolare, nella sentenza n. 80 del 2010 in tema di diritto all'istruzione delle persone con disabilità, i giudici costituzionali, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella individuazione delle misure necessarie alla tutela dei diritti, hanno avuto modo di affermare che *«detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "(...) rispetto di un nucleo indefettibile*

⁶⁷ E. Furno Ibidem, pag. 113

⁶⁸ G. Razzano "Lo statuto costituzionale dei diritti sociali" in "Gruppo di Pisa", 2012, pag. 34

⁶⁹ V. Corte cost. sent. 19 luglio 2013, n. 222, che, nel richiamare un «nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona», ha dichiarato illegittima una disposizione di una legge regionale del Friuli-Venezia Giulia, che escludeva dai contributi economici straordinari gli stranieri non residenti da almeno cinque anni, ritenendo che «le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari—necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili—debbono essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza» (sentt. nn. 4/2013; 40/2011;432/2005)

di garanzie per gli interessati” (...) limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore»⁷⁰

Le decisioni della Corte costituzionale si rivolgono, in primo luogo, al legislatore delineando “confini” all'esercizio della discrezionalità in sede di predisposizione di bilanci e allocazione delle risorse, ma non solo. Le pronunce della Corte costituzionale, infatti, ove assunte in sede di ricorso incidentale, sono in grado di incidere direttamente anche sulle posizioni soggettive delle parti (cittadino/ Amministrazione) in giudizio.

D'altro canto, la giurisdizione esclusiva affidata al giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, ha attribuito a quest'ultimo la competenza a decidere sulle controversie che derivano dalle limitazioni ai servizi alle persone, rispetto a esigenze di risparmio di spesa.

La giustizia amministrativa ha così potuto valutare le opzioni adottate nei finanziamenti ai servizi, secondo il parametro della piena tutela dei diritti incompressibili della persona, offrire tutela ai cittadini e agli enti pubblici contro provvedimenti che tendono a degradare le posizioni giuridiche soggettive in diritti finanziariamente condizionati, obbligando attraverso il giudizio di ottemperanza le Amministrazioni a conformarsi alla decisione assunta dalla Corte costituzionale.

Il compito svolto dal giudice amministrativo interagisce, quindi, con uno degli ambiti privilegiati di valutazione dell'effettività dell'art. 2 e dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, che individuano nella Repubblica il soggetto chiamato a “salvaguardare” le posizioni dei singoli, concorrendo ad assicurare tutela alle situazioni giuridiche che vengono ad essere coinvolte, soprattutto nel caso si tratti di diritti fondamentali, come la salute, l'istruzione, l'assistenza.

Va inoltre rammentato che le decisioni della Corte sono divenute regola di giudizio anche per gli amministratori, introducendo per quest'ultimi norme di comportamento volte a valutare la responsabilità amministrativa.

Al riguardo, la giurisprudenza contabile, che rappresenta il «giudice naturale del controllo della spesa pubblica», si è pronunciata ritenendo, non sussistere i presupposti dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori locali di un Comune, che aveva assunti nuovi insegnanti, nonostante il rapporto tra spese del personale e spese correnti superasse i limiti di legge⁷¹.

In tale occasione, il Giudice contabile ha deciso di sollevare da responsabilità gli amministratori locali, in quanto le norme sul contenimento della spesa pubblica non possono sacrificare la scuola e comprimere funzioni fondamentali come l'istruzione pubblica.

Infine, le decisioni della Corte costituzionale, attesa l'efficacia *erga omnes* delle declaratorie di illegittimità, dispiegano effetti anche su tutti i gli altri consociati, Enti pubblici compresi, che si troveranno

⁷⁰ Nella precedente decisione n. 467 del 2002, la Corte aveva dichiarato il diritto all'educazione dei disabili sin dagli asili nido, riconoscendo a costoro la relativa indennità di frequenza, ed aveva negato che l'attribuzione di tale assegno fosse riservata alla discrezionalità legislativa, ritenendo che anche l'asilo fosse utile alla formazione e socializzazione dei disabili.

Ancor prima la stessa Corte, con la sentenza n. 215 del 1987, aveva chiarito che al disabile deve essere garantito il diritto all'istruzione “Malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona”, ponendo l'accento proprio sugli ostacoli di ordine economico, ben consapevole della necessità di annullare la disuguaglianza delle posizioni di partenza.

⁷¹ La decisione trae origine dalla procedura di reclutamento di personale a tempo determinato «nella misura strettamente necessaria» per soddisfare le esigenze di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili nido comunali nel rispetto delle risorse finanziarie, nonostante il notevole disavanzo del conto di bilancio 2011.

a dovere “fare i conti” con l’avvenuto annullamento delle norma oggetto della pronuncia e il dovere di buon andamento dell’azione amministrativa.

8.4 “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”: effettività dei rimedi previsti nella sentenza della Corte costituzionale 275/2016

Con la sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016 la Corte costituzionale si è pronunciata sul rapporto tra il principio dell’equilibrio finanziario degli enti locali e gli incompressibili diritti alle prestazioni sociali, con riferimento al diritto allo studio ed al servizio di trasporto scolastico delle persone con disabilità.

La decisione ha tratto origine dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR dell’Abruzzo investito della domanda con cui la Provincia di Pescara chiedeva alla Regione il pagamento del contributo, previsto dalla legge regionale 15 dicembre 1978, n. 78, in misura pari al 50% delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti disabili (annualità 2006-2012).

Al riguardo, la Corte costituzionale ha ribadito la natura fondamentale del diritto allo studio dei disabili e quindi dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma regionale (art. 6, comma 2-bis, della legge regionale dell’Abruzzo n. 78 del 1978 -aggiunto dall’art. 88, comma 4, della legge Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15) nella parte in cui prevedeva il trasferimento di tale contributo solo «*nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa*», facendo così dipendere l’erogazione del servizio da situazioni future ed incerte della gestione contabile regionale.

Secondo la Corte, l’effettività di un diritto “*non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo*”, non potendo essere condivisa la tesi della Regione, secondo cui ogni diritto, «*anche quelli incompressibili della fattispecie in esame, debbono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili*»

La Consulta, nel bilanciamento tra il principio dell’equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incompressibili, privilegia quest’ ultimi e statuisce che «*il rilievo costituzionale del diritto in oggetto costituisce un limite invalicabile all’intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio*»

Ed è proprio il livello essenziale delle prestazioni dovute che, se da un lato viene salvaguardato dalla legge regionale allocando risorse nel bilancio per tale diritto fondamentale, dall’altro, poi, risulta in concreto «*vanificato dalla prescrizione contraddittoria che subordina il finanziamento (da parte regionale) degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell’ente*»

La regola dell’equilibrio finanziario imposta dall’art. 81 Cost., nuova formulazione, anche agli enti territoriali, istituzionalmente deputati all’erogazione di servizi alla persona, è destinata sempre più

spesso a confliggere con il soddisfacimento dei diritti sociali, che “costano” in quanto comportano forti implicazioni in termini di allocazione delle risorse disponibili.

Come é stato criticamente evidenziato, con riferimento alla decisione assunta con la sentenza 275/2016, nella quale l'illegittimità della norma impugnata era stata motivata in base alla violazione dell'art. 38 della Costituzione, procurata dall'indeterminatezza del finanziamento che condizionava l'effettiva esecuzione del servizio di trasporto di disabili, *“il tema dell'incomprimibilità di taluni diritti costituzionali a fronte del principio del “pareggio di bilancio” non assume, nella decisione in oggetto, il valore di uno snodo decisivo, bensì quello di un mero argomento concorrente, ad adjuvandum di un distinto profilo di illegittimità. Esso viene insomma enunciato – in una sorta di obiter dictum– come ulteriore elemento a sostegno di una illegittimità già dichiarata (e motivata al punto 7 del Considerato in diritto)”*.⁷²

La pronuncia, quindi, non ha affrontato la questione relativa al modo in cui garantire totalmente il diritto all'istruzione, qualificato come fondamentale, indicando la misura del detrimento ovvero del depauperamento di altri diritti, in considerazione del taglio dei trasferimenti da parte dello Stato alle Regioni (che può essere contenuto solo in parte dalla capacità impositiva delle Regioni stesse).

Con la conseguenza che l'adeguamento alla sentenza da parte del legislatore regionale viene quindi confinato alla individuazione delle risorse da destinare alle spese di trasporto dei disabili verso i luoghi deputati all'istruzione.

In questo modo le Regioni, chiamate attraverso il trasferimento di risorse agli enti locali, ad assicurare un adeguato livello di effettività a svariate posizioni giuridiche soggettive tutelate nella Carta fondamentale, risultano private di prescrizioni utili a gestire il problema dell'efficacia vincolante del principio di pareggio del bilancio e quindi a rendere effettivi i diritti sociali.

Come acutamente osservato *“la promozione e la soddisfazione dei diritti sociali, nella prospettiva costituzionale, non sembra infatti riducibile al perfezionamento di criteri interpretativi nella legislazione vigente”*. I diritti sociali devono trovare soddisfazione attraverso il riconoscimento giuridico, la spesa e il controllo giurisdizionale, da un lato, e le azioni che creano le condizioni di fatto per l'attuazione di misure in ambito economico, giuslavoristico, fiscale e culturale, dall'altro: obiettivi attraverso cui si può raggiungere il “pieno sviluppo della personalità e la partecipazione” e quindi la garanzia di uguaglianza e pari opportunità tra le persone.⁷³

Non va sottaciuto, infatti, che la questione dell'effettività dei diritti non può essere contenuta esclusivamente nell'ambito dei giudizi di costituzionalità e restare interamente assorbita nella giustizia del caso concreto.

La tutela giurisdizionale offre infatti un primo livello di effettività ai diritti sociali ma, a ben vedere, è l'ambito della programmazione svolta dalle Amministrazioni pubbliche nell'erogazione delle prestazioni sociali che realizza lo “snodo” più importante della garanzia di effettività dei diritti soprattutto in base alla

⁷² A. Apostoli “I diritti fondamentali visti da vicino dal giudice amministrativo. Un'annotazione a caldo della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016” Forum Quaderni costituzionali” 11 gennaio 2017

⁷³ G. Razzano “Lo statuto costituzionale dei diritti sociali” in “Gruppo di Pisa”, 2012, pag. 34

considerazione oggettiva per cui ai sensi dell'art. 97 della Costituzione (come modificato dalla riforma 20 aprile 2012 n. 1) *“Le pubbliche amministrazioni in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea , assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*

8.5 Il buon andamento della Pubblica amministrazione inteso come programmazione e proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate costituisce la garanzia dei diritti sociali

Con la sentenza n. 10 del 2016 la Corte costituzionale è intervenuta nuovamente, in materia di tagli di bilancio agli enti locali da parte delle Regioni.

In tale occasione la Consulta é tornata ad affrontare il problema e ha ribadito il principio fondamentale in base al quale l’attribuzione di funzioni agli enti locali deve essere necessariamente accompagnata da adeguate risorse finanziarie per l’esercizio delle stesse al fine di garantire servizi al cittadino.

La decisione ha tratto origine dal ricorso proposto dalle Province di Novara ed Asti avverso l’art. 1, comma 1, della Legge finanziaria della Regione Piemonte per l’anno 2014, l’ art. 2, commi 1 e 2 e l’art. 3 del Bilancio di previsione della Regione per l’anno finanziario 2014 e bilancio pluriennale per gli anni finanziari 2014-2016, nonché l’art. 1 della Legge di assestamento al bilancio di previsione per l’anno finanziario 2014 e disposizioni finanziarie (in combinato disposto con i rispettivi allegati A) nella parte in cui non consentono di attribuire adeguate risorse per l’esercizio delle funzioni conferite dalla legge della Regione Piemonte 20 novembre 1998, n. 34 (*Riordino delle funzioni e dei compiti amministrativi della Regione e degli Enti locali*) e dalle altre leggi regionali che ad essa si richiamano.⁷⁴

Al riguardo, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità sotto tre profili:

- 1) violazione del principio di “buon andamento” della pubblica amministrazione, motivando la decisione sul piano della violazione dell’autonomia amministrativa delle Province ai sensi degli artt. 117, 119 e 97 Cost., poiché i tagli alle risorse provinciali sono stati effettuati dalla Regione in misura tale da non consentire di finanziare le funzioni conferite alle stesse, e tali anzi da rendere le risorse non idonee ad assicurare copertura alla spesa, *in primis* quella relativa al personale. La Corte, come già anticipato, ha ritenuto violato il principio di “buon andamento”, il quale implica che «le risorse stanziare siano idonee ad assicurare la copertura della spesa, a cominciare da quella relativa al personale dell’amministrazione, e che *dette risorse siano spese proficuamente in relazione agli obiettivi correttamente delineati già in sede di approvazione del bilancio di previsione*».

⁷⁴ Il Tribunale Amministrativo per il Piemonte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art.1, comma 1, della legge della Regione Piemonte 5 febbraio 2014, n. 1 (Legge finanziaria per l’anno 2014), in combinato disposto con l’Allegato A della medesima legge, laddove è stanziata la somma di euro 10.790.508,00 per l’anno 2014, degli artt. 2, commi 1 e 2, nella parte relativa alla unità previsionale di base (UPB) DB05011, capitolo 149827 (“Fondo per l’esercizio delle funzioni conferite – L.R. 34/98”) e 3, in combinato disposto con l’Allegato A della legge della Regione Piemonte 5 febbraio 2014, n. 2 (Bilancio di previsione per l’anno finanziario 2014 e bilancio pluriennale per gli anni finanziari 2014-2016), nella parte relativa all’UPB DB05011, capitolo 149827, dell’art. 1 della legge della Regione Piemonte 1° agosto 2014, n. 6 (Variazione al bilancio di previsione per l’anno finanziario 2014 e pluriennale per gli anni finanziari 2014-2016), nella parte in cui non apporta alcuna variazione in aumento alla cifra già stanziata di soli euro 10.790.508,00 in favore degli enti locali, nonché dell’art. 1, in combinato disposto con l’Allegato A della legge della Regione Piemonte 1° dicembre 2014, n. 19 (Assestamento al bilancio di previsione per l’anno finanziario 2014 e disposizioni finanziarie), laddove, con riferimento, all’UPB DB05011, assegna ulteriori risorse per euro 14.040.000,00 in favore degli enti locali, per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118 e 119 della Costituzione.

In particolare, le disposizioni censurate riducevano le risorse trasferite dalla Regione Piemonte alle due Province dai 60 milioni di euro dell'esercizio 2010 ai circa 10 milioni dell'esercizio 2014, per cui *“una dotazione finanziaria così drasticamente ridotta, non accompagnata da proposte di riorganizzazione dei servizi o da eventuale riallocazione delle funzioni a suo tempo trasferite, comporta una lesione dei principi... determinando una situazione di “inadempimento” rispetto ai parametri legislativi fissati dalla legge 59/1997 e dalla stessa legge regionale di attuazione»*;

- 2) violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Cost. per l'entità della riduzione in assenza di norme riorganizzative o riallocative di funzioni
- 3) violazione del principio di uguaglianza sostanziale per il pregiudizio alla fruizione dei diritti sociali causato dal mancato funzionamento dei servizi: dal momento che rilevanti tagli di risorse influiscono negativamente sugli stessi cittadini, pregiudicando per essi la continuità nella fruizione dei diritti di rilevanza sociale. Quest'ultimo aspetto costituisce, come precisa la Corte, un *«profilo di garanzia fondante nella tavola dei valori costituzionali, che non può essere sospeso nel corso del lungo periodo di transizione che accompagna la riforma delle autonomie territoriali»*. Le norme impugnate opererebbero in direzione opposta all'obiettivo di assicurare lo svolgimento delle funzioni conferite alle Province, atteso che *«la forte riduzione delle risorse destinate a funzioni in settori di notevole rilevanza sociale risulta irragionevole proprio per l'assenza di misure che ne possano in qualche modo giustificare il dimensionamento»*. In questa prospettiva, il principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 Cost. non può essere sospeso nel lungo periodo di transizione che accompagna la riforma delle autonomie territoriali, nel corso del quale le norme censurate non erano in grado di salvaguardare la continuità dei servizi di rilevanza sociale: *«i servizi pubblici, indipendentemente dal soggetto anche temporalmente titolare, non possono essere negativamente influenzati dalla complessità del processo di passaggio tra diversi modelli di gestione»*.

Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo che la decisione palesa tutta la sua incisività poiché non trascura di evidenziare il criterio (desunto a partire dal combinato disposto degli artt. 3, 97 e 117 Costituzione) da utilizzare per ridurre gli stanziamenti. Si legge, infatti, nella decisione della Corte che è necessario venga approntato un progetto per la riorganizzazione di compiti e funzioni e non semplicemente prevista un'indicazione numerica, come quella di non eccedere il 50% rispetto ad un precedente esercizio finanziario contenuta nella norma regionale impugnata. In caso contrario si configura una riduzione *«drastica»* che non risponde a *«scopi appropriati e proporzionati alla sua misura»*.

Infatti, la Consulta osserva come *«il principio della programmazione degli obiettivi di bilancio sia espressamente codificato nell'art. 7 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), il quale stabilisce che “1.L'impostazione delle previsioni di entrata e di spesa dei bilanci delle amministrazioni pubbliche si conforma al metodo della programmazione”. Sotto analoga prospettiva, le norme che producono effetti finanziari innovativi “a carico della [finanza delle regioni] e della finanza di altre amministrazioni pubbliche anche attraverso il conferimento di nuove funzioni o la disciplina delle funzioni ad esse attribuite” (art. 19, comma 2, della legge n. 196 del 2009) devono essere corredate da*

particolare istruttoria per dimostrare la loro compatibilità con il complessivo equilibrio dei bilanci partecipanti al consolidato pubblico. Per questo motivo, ferma restando la discrezionalità del legislatore nelle scelte allocative delle risorse, quando queste ultime producono rilevanti effetti innovativi nelle relazioni finanziarie tra enti territoriali e nel consolidato delle loro risultanze non possono limitarsi alla mera indicazione dell'entità finanziaria non accompagnata da adeguata relazione tecnica»

Gli effetti dell'applicazione di tali criteri sul sistema delle autonomie sono particolarmente rilevanti: la Corte suggerisce il passaggio da una stima dei bisogni fondata su criteri indifferenziati ed astratti, quali la popolazione e l'estensione territoriale, a una valutazione attenta dei fabbisogni per ciascuna attribuzione conferita o delegata agli enti territoriali.⁷⁵

In definitiva, il principio di buon andamento, *«ancor più alla luce della modifica intervenuta con l'introduzione del nuovo primo comma»* dell'art. 97, impone che siano approntate *«adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo»*, scongiurando *«l'evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi»*

8.6 Nuove prospettive nella ricerca di rimedi effettivi per combattere le disuguaglianze

Le regole di programmazione e proporzionalità evidenziate dalla Corte costituzionale per attingere a risorse economiche necessarie per fare fronte all'erogazione di servizi inerenti a diritti sociali potranno rafforzare gli interventi di assistenza in favore delle persone povere ed escluse socialmente che dovranno essere assunte dalle Amministrazioni.

In questo modo, l'azione amministrativa di attuazione dei principi di pari opportunità e di non discriminazione potrà avere carattere generale e soprattutto preventivo e mostrare una maggiore effettività dei rimedi utilizzati dall'ordinamento per fare fronte alle disuguaglianze anche ai "tempi della crisi".

⁷⁵ L. Mollica Poeta "L'integrale finanziamento delle funzioni degli enti locali e la tutela dei diritti sociali. Alcune osservazioni a margine della sent. Corte cost., n. 10 del 2016 Osservatorio costituzionale Fasc. 2/2016 11 luglio 2016

9. APPROFONDIMENTI

CITTADINANZA, RESIDENZA QUALIFICATA E ACCESSO ALLE PRESTAZIONI SOCIALI: SELEZIONE DEI BENEFICIARI E PROFILI DISCRIMINATORI

I flussi migratori pongono gli Stati di fronte alla questione di stabilire fino a che punto sia giustificabile far prevalere gli obblighi speciali attinenti ad una determinata appartenenza statale contro obbligazioni universali che necessariamente superano i confini politici.

In un contesto di limitatezza delle risorse, quale risultato della crisi economica, come spesso accade gli «ultimi arrivati» divengono il primo bersaglio di politiche di esclusione sociale, finalizzate a restringere la platea dei destinatari delle prestazioni “più costose”, determinando una maggiore selezione dei beneficiari delle medesime.

In questo modo vengono esclusi i non cittadini, a causa della “introduzione” di politiche di appartenenza, finalizzate a favorire coloro che hanno un legame più intenso e duraturo con il territorio nazionale, regionale o locale.

Negli ultimi anni, in diverse occasioni l’Ufficio è stato interessato da doglianze di cittadini che lamentavano l’ingiustizia degli interventi disposti a favore di persone non cittadine in quanto “non italiani” e come tali non meritevoli di fruire di prestazioni sociali a discapito di altre persone bisognose.

I più frequenti problemi di “convivenza” sono stati posti nell’ambito dell’assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica o del riconoscimento di prestazioni assistenziali, in una “guerra” tra fasce più deboli della popolazione.

La natura dei diritti sociali risiede nell’essere strettamente attinente alla protezione di beni essenziali per la persona e di conseguenza è necessario capire se tale “essenzialità” consenta oppure escluda una diversa allocazione delle prestazioni (e delle risorse che ne permettono l’attuazione) tra la popolazione richiedente.

9.1 La condizioni giuridica dello straniero e le prestazioni economiche di assistenza sociale

Il testo unico in materia di immigrazione (Dlgs. 25.07.1998, n. 286) riconosce allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle

norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

Per contro, più ampia è la tutela dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio al quale sono riconosciuti i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano ed è assicurata parità di trattamento con il cittadino in special modo nell'accesso ai pubblici servizi.

Le principali prestazioni economiche di assistenza sociale riguardano le provvidenze per invalidi civili, per ciechi civili, sordomuti, indigenti, persone affette da particolari malattie (previste dalla legislazione nazionale ed erogate dagli enti locali)

In riferimento a tali prestazioni, si osservano alcune disposizioni che hanno previsto limitazioni in deroga al principio di parità di trattamento:

- a livello nazionale
 - 1) l'art. 80 comma 19 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria per il 2001 ha disposto che *"l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno⁷⁶; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno"*
 - 2) assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori, riservato ai soli cittadini comunitari (italiani e di altri Stati dell'Unione Europea), e quindi precluso totalmente allo straniero;
 - 3) la social card, inizialmente prevista a favore dei soli cittadini italiani e di recente estesa anche ai titolari del permesso CE;
 - 4) assegno sociale, gravato dell'ulteriore requisito della residenza decennale nel territorio
- A livello locale (a titolo esemplificativo):
 - 1) bonus bebè riservati ai soli cittadini italiani (emblematico il caso bresciano che portò la Giunta, dopo la condanna in sede giurisdizionale, a ritirare la prestazione per tutti, cittadini e stranieri)
 - 2) trasporto gratuito per invalidi, accesso ai servizi sociali riservato ai cittadini comunitari residenti da almeno tre anni sul territorio regionale)

Gli esempi citati danno conto di un sistema disomogeneo di normative, espressione di un certo "localismo" nell'affrontare la questione relativa al godimento dei diritti fondamentali che incide sulla condizione giuridica dello straniero e del cittadino. Infatti, le discipline che subordinano certe prestazioni

⁷⁶ dobbiamo ricordare che la carta di soggiorno viene rilasciata dopo cinque anni e il titolare del permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi è colui che dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari. Nel 2007, i Decreti legislativi 8 gennaio 2007, n. 3 e 6 febbraio 2007, n. 30, anche in forza di specifiche direttive dell'Unione, hanno ridefinito i criteri e le modalità di rilascio del permesso di soggiorno e del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. Quest'ultimo documento sostituisce la precedente "carta di soggiorno". Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, poteva quindi essere negato, anche se si è residenti in Italia, con regolari permessi, da più di cinque anni, nel caso non raggiungano determinati limiti reddituali. Ed è su tale aspetto che, ripetutamente, la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle norme (e cioè del già citato articolo 80, comma 19 della Legge 388 del 23 dicembre 2000 e di tutte le normative che ne discendono)

alla residenza prolungata sul territorio si applicano anche ai cittadini italiani, che si vedranno quindi preferire coloro che integrano tale requisito siano essi altri cittadini o stranieri.

La giurisprudenza costituzionale ha contribuito a “demolire” in gran parte tale sistema di preclusioni, riaffermando –in riferimento alle singole prestazioni di volta in volta oggetto di giudizio –la piena parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri regolarmente soggiornanti.

In particolare, è stata dichiarata l’illegittimità dell’esclusione dello straniero regolarmente soggiornante dal godimento dell’indennità di accompagnamento, della pensione di inabilità, dell’assegno di invalidità e, con particolare riferimento al minore straniero in condizione di disabilità, dell’indennità di frequenza per cui la legge 388/2000 imponeva il possesso della carta di soggiorno (rilasciata allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, il quale dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari) ⁷⁷

D’altro canto nel 2007, i Decreti legislativi 8 gennaio 2007, n. 3 e 6 febbraio 2007, n. 30, anche in forza di specifiche direttive dell’Unione, avevano ridefinito i criteri e le modalità di rilascio del permesso di soggiorno e del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. (quest’ultimo documento sostituisce la precedente “carta di soggiorno”).

Dopo l’entrata in vigore di quei decreti, quindi, per la concessione delle provvidenze economiche agli invalidi civili extracomunitari veniva richiesta la titolarità del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo che prevede il possesso di alcuni specifici requisiti:

- 1) essere in possesso di un permesso di soggiorno (non per lungo periodo) da almeno 5 anni;
- 2) dimostrare di avere un reddito annuale pari almeno all’importo dell’assegno sociale; se si chiede un permesso per un nucleo o si chiede una ricongiunzione, l’importo minimo viene raddoppiato (3-4 componenti, incluso il richiedente) o triplicato (5 più componenti, incluso il richiedente).

Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, poteva quindi essere negato, anche ai residenti in Italia con regolari permessi e da più di cinque anni, nel caso non vengano raggiunti determinati limiti reddituali. Ed è su tale aspetto che, per due volte, la Corte Costituzionale ha riconosciuto l’illegittimità costituzionale delle norme (e cioè del già citato articolo 80, comma 19 della Legge 388 del 23 dicembre 2000 e di tutte le normative che ne discendono).

La Consulta ha quindi affermato che le provvidenze vanno concesse agli stranieri, anche se privi di permesso di soggiorno CE di lungo periodo, alla sola condizione che siano titolari del requisito del permesso di soggiorno di almeno un anno, fornendo le seguenti motivazioni:

⁷⁷ Corte costituzionale n. 306/2008 e n. 40/2013: indennità di accompagnamento agli invalidi civili totali; n. 11/2009 e n. 40/2013: pensione di invalidità agli invalidi civili totali; n. 87/2010: assegno mensile agli invalidi civili parziali, n. 329/2011: indennità di frequenza ai minori invalidi civili; n. 22/2015 pensione e indennità speciale ai ciechi parziali.

- indennità di accompagnamento: *"la Corte ritiene che sia manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento - i cui presupposti sono, come si è detto, la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita - al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito. Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza."* (Sentenze n. 306/2008 e n. 40/2013)
- pensione di inabilità: *"Mentre, infatti, l'indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge. La subordinazione dell'attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio. (Corte cost. 11/2009)*
- pensione di invalidità agli invalidi civili totali: (Sentenze n. 11/2009 e n. 40/2013)
- assegno mensile agli invalidi civili parziali: (Sentenza n. 187/2010)
- indennità di frequenza (Sentenza n. 329/2011): *"(...) dalla disamina dei relativi presupposti e finalità emerge con chiarezza una gamma di esigenze di tutela della persona ancor più estesa di quella coinvolta dai diversi – ancorché finitimi – benefici di carattere assistenziale fin qui scrutinati, sotto lo specifico aspetto della peculiare e restrittiva disciplina per gli stranieri, introdotta dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000.*
(...) il riconoscimento della indennità di frequenza si iscriva nel novero delle provvidenze, per così dire, "polifunzionali", giacché i bisogni che attraverso di essa si intendono soddisfare non si concentrano soltanto sul versante della salute e della connessa perdita o diminuzione della capacità di guadagno, ma, anche, su quello delle esigenze formative e di assistenza di minori colpiti da patologie invalidanti e appartenenti a nuclei familiari che versino in disagiate condizioni economiche.
(...) Ebbene, a fronte di tutto ciò, il condizionamento che viene imposto ai fini del riconoscimento del beneficio in questione per i minori stranieri, pur regolarmente presenti nel territorio dello Stato, rappresentato dalla titolarità della carta di soggiorno, finisce per determinare, per un periodo minimo di cinque anni – quello richiesto per il rilascio della carta – una sostanziale vanificazione, incompatibile non soltanto con le esigenze di "effettività" e di soddisfacimento che i diritti fondamentali naturalmente presuppongono, ma anche con la stessa specifica funzione della indennità di frequenza, posto che – come ha puntualmente messo in luce il giudice rimettente – l'attesa del compimento del termine di cinque anni di permanenza nel territorio nazionale potrebbe «comprimere sensibilmente le esigenze di cura ed assistenza di soggetti che l'ordinamento dovrebbe invece tutelare», se non, addirittura, vanificarle in toto"

9.2 L'accesso degli stranieri all'abitazione

9.2.1 Brevi cenni sul riparto di competenze tra Stato, Regione, ATC ed Enti locali in materia di edilizia sociale

La legge quadro 27 ottobre 1971 n. 865 conosciuta come "legge di Riforma per la casa" istituisce nel nostro paese l'Edilizia Residenziale Pubblica inserendo il comparto all'interno delle politiche di *Welfare* sulla scorta di principi universalistici fondati sul bisogno abitativo e sulle condizioni socio economiche dei richiedenti, prevedendo tra l'altro, il trasferimento agli Istituti Autonomi Case Popolari di tutto il patrimonio edilizio esistente costruito tramite le contribuzioni Ina casa e Gescal (la cosiddetta edilizia economica e popolare) e definendo i programmi e gli strumenti di coordinamento dell'Edilizia Residenziale Pubblica.

Secondo la legge 865/1971 gli Iacp sono referenti unici dello Stato in materia di edilizia residenziale pubblica, ovvero Enti Pubblici con prevalenza pertanto dell'attività pubblico- assistenziale.

Successivamente, le funzioni amministrative statali in materia di edilizia residenziale pubblica sono state, dapprima, "delegate", con l'art. 4 della l. 22 ottobre 1971, n. 865 e, poi, con l'art. 5 del d.p.r. 30 dicembre 1972, n. 1036, "trasferite" alle Regioni.

Il d.p.r. 616/1977 "trasferiva", poi, ai comuni "le funzioni amministrative concernenti l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica" (art. 95) e "riservava" allo Stato la determinazione dei "criteri" per le assegnazioni di tali alloggi e per la fissazione dei relativi canoni (art. 88, n. 13).

La potestà legislativa poteva, quindi, nel vigore dell'art. 117 Cost. (vecchio testo), essere esercitata dalle regioni anche in materia di edilizia residenziale pubblica, ma, trattandosi di competenza concorrente, "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato".

Tuttavia, lo Stato non ha emanato una vera e propria disciplina generale della materia, contenente i "principi fondamentali" a cui le Regioni avrebbero dovuto attenersi nell'esercizio della potestà legislativa ad esse attribuita.

Il sistema di riparto di competenze tra Stato e Regioni è stato, in concreto, attuato attraverso la formulazione da parte dello Stato di "criteri generali", ma solo per alcuni aspetti della materia, quali, ad esempio, quelli relativi alle assegnazioni e alla fissazione dei canoni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e alle modalità di alienazione di tali alloggi.

La materia dell'edilizia è stata poi interessata dal processo di decentramento e devoluzione, che ha avuto inizio con la legge n. 59/97 (legge Bassanini uno, con il trasferimento dallo Stato al sistema delle

autonomie territoriali di un complesso di compiti e funzioni amministrative), ed è proseguito con la legge n. 127/97 (Bassanini bis) e con la legge n. 191/98 (Bassanini ter).

La legge Bassanini 59/1997 ha reimpostato l'assetto del sistema amministrativo sulla base del principio di sussidiarietà.

Il soggetto pubblico più idoneo ad esercitare la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative, e quindi a perseguire i pubblici interessi, coincide con l'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati: i Comuni in primo luogo, e poi le Province e le Comunità montane.

L'art. 3 del D.Lgs 112/1998 "*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli Enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*" ha stabilito che ciascuna Regione, determina, in conformità al proprio ordinamento, le funzioni amministrative che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale, provvedendo contestualmente a conferire tutte le altre agli Enti locali secondo il criterio per cui la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative è attribuita ai Comuni, alle Province e alle Comunità montane, secondo le loro dimensioni territoriali, associative ed organizzative, con esclusione delle sole funzioni che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale.

Inoltre, la legge regionale attribuisce agli Enti locali le risorse umane, finanziarie, organizzative e strumentali in misura tale da garantire la congrua copertura degli oneri derivanti dall'esercizio delle funzioni e dei compiti trasferiti, nel rispetto dell'autonomia organizzativa e regolamentare degli Enti locali.

Allo Stato sono mantenute, ai sensi dell'art. 59 del succitato decreto legislativo, le funzioni e i compiti relativi alla determinazione dei principi e delle finalità di carattere generale e unitario in materia di edilizia residenziale pubblica, anche nel quadro degli obiettivi generali delle politiche sociali; alla definizione dei livelli minimi del servizio abitativo, nonché degli standard di qualità degli alloggi di edilizia residenziale pubblica; al concorso, unitamente alle regioni ed agli altri enti locali interessati, all'elaborazione di programmi di edilizia residenziale pubblica aventi interesse a livello nazionale; all'acquisizione, raccolta, elaborazione, diffusione e valutazione dei dati sulla condizione abitativa (a tali fini è istituito l'Osservatorio della condizione abitativa); alla definizione dei criteri per favorire l'accesso al mercato delle locazioni dei nuclei familiari meno abbienti e agli interventi concernenti il sostegno finanziario al reddito.

Per contro sono conferite alle Regioni e agli Enti locali tutte le funzioni amministrative non espressamente indicate tra quelle mantenute allo Stato ai sensi dell'articolo 59 e, in particolare, quelle relative: alla determinazione delle linee d'intervento e degli obiettivi nel settore; alla programmazione delle risorse finanziarie destinate al settore; alla gestione e all'attuazione degli interventi, nonché alla definizione delle modalità di incentivazione; alla determinazione delle tipologie di intervento anche attraverso programmi integrati, di recupero urbano e di riqualificazione urbana; alla fissazione dei criteri per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale destinati all'assistenza abitativa, nonché alla determinazione dei relativi canoni.

In definitiva, con il D.lgs 31 marzo 1998, le funzioni amministrative relative "alla fissazione dei criteri per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale destinati all'assistenza abitativa, nonché alla

determinazione dei relativi canoni” sono state conferite alle Regioni e lo Stato ha, tuttavia, mantenuto le funzioni e i compiti riguardanti la “determinazione dei principi e delle finalità di carattere generale e unitario in materia di edilizia residenziale pubblica anche nel quadro degli obiettivi generali delle politiche sociali” e quelli concernenti la definizione di livelli minimi del servizio abitativo, nonché degli standard di qualità degli alloggi di edilizia residenziale pubblica” [art. 59, lett. a) e b) e 60, lett. e), D.lgs citato].

9.2.1.1 Riforma del Titolo V della Costituzione

La legge costituzionale n. 3 del 2001 ha operato una riforma in tema di competenze dello Stato, Regioni ed Enti locali, modificando radicalmente il Titolo V della Costituzione.

La riformulazione dell’art. 114 della Costituzione riconosce a Regioni ed Enti locali pari dignità costituzionale rispetto allo Stato.

La modifica degli artt. 117, 118 e 119 della Costituzione provvede a una riallocazione delle funzioni legislative, regolamentari, amministrative e finanziarie fra Stato, Regioni ed Enti locali.

Questo nuovo criterio di riparto delle competenze attribuisce esplicitamente alle Regioni una competenza legislativa di carattere generale, a fronte di una competenza di tipo speciale riconosciuta allo Stato, a cui sono lasciate le sole materie nominativamente elencate.

La materia dell’edilizia residenziale pubblica non compare nella nuova classificazione delle competenze legislative attribuite allo Stato e alle Regioni, contenuta attualmente nei commi 2 e 3 dell’art. 117 Cost. (nel testo modificato con la citata l. c. n. 3 del 2001), per cui dovrebbe oggi appartenere, ai sensi del comma 4 del medesimo art. 117, alla competenza legislativa esclusiva delle regioni.

In ogni caso è necessario verificare non tanto le competenze legislative delle Regioni in materia di edilizia residenziale pubblica (che è certa), ma se tali competenze spettino anche allo Stato e, in caso positivo, entro quali limiti; ciò perché la Corte costituzionale ha, con la recente sentenza n. 94/07, definito la suddetta materia come “trasversale”, poiché identifica la “*programmazione, costruzione e gestione di alloggi destinati a soddisfare le esigenze abitative dei ceti meno abbienti*”.

La materia dell’edilizia residenziale pubblica si estende, infatti, ad avviso della Corte, su tre livelli normativi: il primo riguarda “la determinazione dell’offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze abitative dei ceti meno abbienti” e rientra, ai sensi dell’art. 117, c. 2, lett. m), Cost., nella competenza legislativa esclusiva dello Stato; il secondo, riguarda “*la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica*”, sicché attiene alla materia “governo del territorio” ed è, di conseguenza, in virtù del comma 3 dell’art. 117 Cost., oggetto di legislazione concorrente; il terzo, riguarda “*la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica di proprietà degli IACP o degli altri enti che a questi sono stati sostituiti dalla legislazione regionale*”, che, non essendo compreso nei due precedenti livelli, rientra nel comma 4 dell’art. 117 Cost. e, perciò, appartiene alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni.

Lo Stato ha, dunque, potestà legislativa esclusiva per quel che attiene la determinazione “dell’offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze abitative dei meno abbienti”. In tale determinazione, come si legge nella citata sentenza n. 94/07, “si inserisce la fissazione dei principi che valgono a garantire l’uniformità dei criteri di assegnazione [degli alloggi] su tutto il territorio nazionale”.

La Corte costituzionale sembra, in definitiva, avere, sul punto, confermato, sia pure sulla base di diversi parametri costituzionali [art. 117, c. 2, lett. m) e c. 4, Cost.], il precedente orientamento secondo cui allo Stato è riservata la formulazione dei “criteri generali” da osservare nelle assegnazioni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, mentre la disciplina organica dell’assegnazione e della gestione di tali alloggi “costituisce, in linea di principio, espressione della competenza spettante alla regione in questa materia” (Corte cost., ord. n. 526/02 e ord. n. 104/04).

9.3 I diversi livelli di riconoscimento dei diritti sociali alle persone straniere, con particolare riferimento al requisito della residenza qualificata

Come è stato evidenziato dalla Consulta la tutela costituzionale dello straniero complessivamente considerato, e la connessa protezione dei suoi diritti fondamentali, trova fondamento nella lettura sistematica di tre disposizioni costituzionali: l’art. 2, nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo; l’art. 3, in quanto riconosce la pari dignità sociale e l’eguaglianza di tutti i “cittadini” (riferibile ad ogni “persona”); l’art. 10, comma 2, in forza del quale la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

La Corte ha, inoltre, in più occasioni, affermato che i diritti inviolabili spettano «*ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*» (sentenza n. 105 del 2001), e che la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversi peggiorativi.

Il principio costituzionale di uguaglianza non tollera, infatti, discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero quando tale trattamento sia riferito al godimento dei diritti inviolabili dell’uomo⁷⁸: in particolare, le differenze di trattamento non devono essere precostituite dalla legge, dovendo invece scaturire da una «*fattuale diversità, originaria e non legislativamente derivata*».

La normativa sembra distinguere più livelli di riconoscimento dei diritti sociali: in ragione della mera presenza dello straniero sul territorio, del possesso di un determinato titolo di soggiorno o della cittadinanza (italiana o comunitaria) e infine della residenza (più o meno prolungata).

Le prestazioni riconosciute seguono un progressivo incremento che vede fortemente limitate quelle riservate allo straniero non regolarmente soggiornante (si pensi alle cure urgenti ed essenziali rispetto

alla generalità delle prestazioni attinenti al diritto alla salute) per arrivare a prestazioni ulteriori riservate ad una platea più ristretta di beneficiari (prestazioni assistenziali o accesso all'edilizia residenziale pubblica) riservate al titolare del permesso CE e in alcuni casi ai soggetti residenti in una determinata Regione o Comune da un certo numero di anni

9.3.1 La presenza sul territorio

Il primo livello di riconoscimento che deriva dall'analisi della legislazione vigente è fondato sulla mera presenza sul territorio. A tale condizione consegue un novero di prestazioni strettamente connesse alla tutela della vita umana.

La Corte costituzionale ha in più occasioni affermato che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona (sentenza n. 148 del 2008) ed in particolare, con riferimento al diritto all'assistenza sanitaria, che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso» (sentenza n. 52 del 2001).

Dalle argomentazioni che la Corte costituzionale ha elaborato nelle citate sentenze la discrezionalità del legislatore nei confronti dello straniero presente sul territorio nazionale incontra quindi il limite della garanzia del "nucleo irriducibile" dei diritti fondamentali, mentre per la restante parte il legislatore ha un margine di operatività più ampio, sottoposto comunque al sindacato costituzionale di ragionevolezza.

Tale ricostruzione si fonda sulla "scomposizione", in diverse prestazioni più o meno essenziali, dei diritti e viene confermata dalla Corte anche nella sentenza 306/2008, laddove precisa che il legislatore italiano può subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni alla luce del carattere non episodico e di non breve durata del titolo di soggiorno dello straniero, purché esse non siano inerenti a rimediare gravi situazioni di urgenza.

In definitiva, in base alle connotazioni assunte da un bisogno la persona straniera potrà avere accesso alla prestazione con l'evidente difficoltà per l'interprete e l'operatore di comprendere cosa debba intendersi per urgenza e di distinguere tra nucleo irriducibile ed altre prestazioni eccedenti l'essenziale, in considerazione dell'elevato tasso di discrezionalità che può connotare tale ricerca in un dato momento storico.

Per quanto concerne il diritto all'abitazione il testo unico sull'immigrazione (art. 40 comma 1) riconosce agli stranieri regolarmente soggiornanti (per motivi diversi dal turismo) che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative la possibilità di accedere

⁷⁸Cfr. fra le tante, la sentenza n. 62 del 1994, nella consapevolezza, tuttavia, che il riconoscimento ai non cittadini di un diritto riconosciuto ai cittadini non comporta una completa parificazione tra le due condizioni: differenti situazioni di fatto possano legittimare un diverso trattamento

ai centri accoglienza predisposti dalle Regioni, in collaborazione con le Province e con i Comuni e le associazioni e le organizzazioni di volontariato.

9.3.2 Il possesso di determinati titoli di soggiorno e di cittadinanza

Con riferimento al possesso di un determinato titolo di soggiorno la Corte ha affermato che esso può costituire requisito di una prestazione quando è necessario evincere il carattere non episodico e di non breve durata dello straniero sul territorio nazionale e può legittimamente fondare una distinzione nel godimento di certe prestazioni, purché esse non siano dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza.

Il testo unico sull'immigrazione ha quindi riconosciuto agli stranieri titolari di un permesso CE ovvero di un permesso di soggiorno almeno biennale (e che esercitano regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo) il diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni Regione o dagli Enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia edilizia, recupero acquisto e locazione della prima casa di abitazione.

Tale previsione risponde, evidentemente, alla necessità che la concessione di certe agevolazioni ai non cittadini sia ancorata alla durata della loro permanenza in Italia e quindi al livello di non precarietà di tale residenza⁷⁹.

Inoltre, il piano nazionale di edilizia abitativa, approvato con legge 6 agosto 2008, n. 113, «*al fine di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana è rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale destinate prioritariamente a immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione*»⁸⁰

nel godimento dei medesimi diritti tra cittadino e straniero (sentenza n. 104/1969)

⁷⁹ È stato autorevolmente evidenziato come "il permesso biennale è rilasciato discrezionalmente dal Questore qualora il lavoratore straniero sia titolare di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato o sia un lavoratore autonomo. Infatti, anche in presenza delle predette condizioni, la legge non obbliga il Questore al rilascio di tale titolo di soggiorno, ma lascia all'autorità amministrativa una mera facoltà, per cui uno straniero al primo ingresso potrebbe in teoria avere un permesso di soggiorno biennale ed uno straniero residente in Italia da quattro anni un permesso annuale di volta in volta rinnovato. Sotto questo profilo, tale condizione di accesso sembra dunque irragionevole", F. Biondi Dal Monte in "Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona", Gruppo di Pisa, pag. 25

⁸⁰ Come è stato osservato: "Questa disposizione, anche se dal punto di vista formale sembra sganciare il diritto all'abitazione dal requisito della cittadinanza, tuttavia lo lega ad essa nei fatti, poiché il periodo di dieci anni imposto dalla norma è lo stesso richiesto per ottenere la cittadinanza italiana.

Così facendo si viola l'art. 2 della Costituzione che, avallato pure dalle norme in tema di immigrazione, attribuisce a tutti (e non solo ai cittadini) i diritti inviolabili.

Inoltre, l'art. 40.6 del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (n. 191/1998) prevede che «gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione».

La residenza decennale per l'accesso ad immobili di edilizia residenziale

pubblica non reggerebbe quindi dinanzi all'espressione "in condizione di parità con i cittadini italiani", poiché se la parità viene raggiunta allorché si maturino i dieci anni, ci si potrebbe chiedere di che tipo di parità si tratta. G. Scotti "Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti", Forum costituzionale 18 settembre 2015

La previsione, contenuta nel Piano Casa approvato nel 2008, si pone in linea con una serie di limitazioni già sperimentate a livello regionale e locale proprio in materia di abitazione, al fine di restringere la platea dei beneficiari a coloro che dimostrano un maggior radicamento sul territorio nazionale o regionale.

Alcuni Comuni, ad esempio, hanno condizionato l'accesso alla condizione di reciprocità, ossia a condizione che nello Stato di origine dell'interessato fosse riconosciuta pari possibilità di accesso del cittadino italiano all'edilizia pubblica, altri hanno invece introdotto tra i requisiti di accesso la durata della residenza o dell'attività lavorativa sul territorio comunale o regionale.

Altri bandi e delibere hanno, infine, previsto l'attribuzione di punti aggiuntivi in relazione al possesso della cittadinanza italiana o a seconda della durata della residenza.

In ogni caso, si osserva che l'abitazione costituisce per lo straniero anche una condizione per il rinnovo del permesso di soggiorno, per il ricongiungimento familiare e per il rilascio del permesso CE: egli deve dimostrare, infatti, il possesso di un alloggio, dotato di particolari caratteristiche. In tal senso limitare il diritto all'abitazione incide anche su tutta un'altra serie di diritti fondamentali, come il diritto all'unità familiare e sulle stesse condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio.

9.3.3 La residenza nel territorio ovvero la residenza qualificata

Un terzo livello di riconoscimento utilizzato dalla legislazione si fonda sulla residenza nel territorio e si è progressivamente affermato, in particolare da parte del legislatore regionale, mediante l'utilizzo della nozione "residenza qualificata".

L'analisi delle principali sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale ci restituisce argomentazioni basate sul criterio di ragionevolezza e della tutela del nucleo essenziale del diritto.

In particolare, il principio di ragionevolezza, secondo cui *"il principio di eguaglianza risulta violato anche quando la legge, senza ragionevole motivo, assegna un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazione eguale"*, individua un criterio che non implica un sindacato sulla giustizia o sull'opportunità di una certa disciplina, ma «è considerato piuttosto un esame sulla coerenza della norma in esame rispetto alle norme poste dallo stesso legislatore in fattispecie analoghe».

La sentenza 432/2005⁸¹, definisce il ruolo del principio di ragionevolezza nel discernimento di un "nucleo essenziale del diritto" in materia di accesso alle prestazioni sociali.

Infatti, nonostante la Regione Lombardia avesse previsto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'essenziale (trasporto gratuito a persone invalide) la Corte ha ritenuto che i diritti civili e sociali devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e ciò «non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della

⁸¹La Corte costituzionale ha dichiarato, per violazione dell'art. 3 comma 2 della Costituzione, l'illegittimità dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge della Regione Lombardia 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità), nella

limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza».

In particolare, nella sentenza si evidenzia come il requisito della cittadinanza non possa legittimamente concorrere a selezionare i fruitori della provvidenza in ragione delle esigenze finanziarie, al pari di quello della residenza, dal momento che «mentre la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio la cittadinanza si presenta invece come condizione ulteriore, ultronea ed incoerente agli effetti di un ipotetico regime differenziato rispetto ad una misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari».

Inoltre, nella decisione in esame, la Corte evidenzia che il testo unico delle leggi sull'immigrazione parifica gli stranieri regolarmente soggiornanti ai cittadini italiani ai fini dell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale, incluse quelle previste per gli invalidi, ed utilizza tale principio come “necessario paradigma” che guida lo scrutinio di ragionevolezza: in altre parole ammettendo “deroghe ragionevoli” al principio di parità sancito dal testo unico sull'immigrazione.

L'affermazione contenuta nella succitata decisione risulta poi in parte precisata nella sentenza 40 del 2011⁸², assunta dalla Consulta in materia di accesso al sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione, per cui l'esclusione assoluta di intere categorie di persone – fondata o sul difetto del possesso della cittadinanza europea ovvero su quello della mancanza di una residenza temporalmente protratta per almeno trentasei mesi – non risulta rispettosa del principio di uguaglianza, qualora non vi sia una ragionevole correlazione tra le condizioni positive di ammissibilità al beneficio (es. cittadinanza o residenza protratta sul territorio) ed i requisiti che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze di volta in volta considerate (es. situazioni psico-fisiche di bisogno)⁸³.

Le condizioni di ammissibilità al beneficio (residenza protratta per 36 mesi ovvero cittadinanza) risultano, secondo la Consulta, del tutto incoerenti con le situazioni di bisogno e di disagio che costituiscono il presupposto per l'accesso alle prestazioni di natura sociale, riferibili direttamente alla persona in quanto tale.

Con riferimento all'accesso all'edilizia abitativa, la Corte costituzionale, nell'ordinanza 32/2008⁸⁴, ha affermato che “*il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione, risulta non irragionevole*”

parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

⁸² Analizzata nel paragrafo precedente

⁸³ In quell'occasione si trattava di prestazioni inerenti il sistema regionale dei servizi sociali, del tutto escluse per i cittadini di Paesi terzi e limitate anche per i cittadini italiani e comunitari alla residenza prolungata sul territorio regionale per almeno 36 mesi. Le argomentazioni della Corte sono significative poiché approfondiscono la connessione tra criteri di riconoscimento di un beneficio e condizioni strettamente attinenti alla persona. In particolare, a parere della Corte, tali tipologie di provvidenze, per la loro stessa natura, «non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale» (sent. 40/2010cit.).

⁸⁴ L'incidente di costituzionalità ha un antecedente che non può essere trascurato. La norma legislativa impugnata, infatti, trova il suo antecedente in una previsione del regolamento regionale per la disciplina dei criteri per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, approvato dal Consiglio regionale della Lombardia nel 2004. L'art. 10 di tale regolamento disponeva che nella formazione delle graduatorie dovesse tenersi conto, oltre al disagio familiare, economico ed abitativo dell'istante, anche del periodo di residenza dell'interessato sul territorio regionale, ed attribuiva a tale fattore un peso relativo inferiore soltanto a quello del disagio abitativo. Il regolamento, impugnato per questa parte da un'associazione esponenziale di inquilini, era stato annullato dal TAR per la Lombardia con sentenza n. 4196 del 2004.

Nella pronuncia, il giudice amministrativo rilevava che l'atto impugnato, dando un peso preponderante alla residenza regionale, era viziato da eccesso di potere per sviamento, in quanto la norma aveva introdotto un elemento “affatto estraneo alla ratio della normativa sull'edilizia residenziale pubblica”, che – secondo l'insegnamento della Corte costituzionale – ha la finalità di favorire l'accesso all'abitazione, a condizioni

quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire specie laddove le stesse realizzino un adeguato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco”.

Come é stato autorevolmente osservato *“purtroppo la Corte non argomenta minimamente in ordine alla congruenza tra il mezzo impiegato e le finalità che il legislatore regionale intende perseguire – finalità che rimangono completamente oscure- Né dimostra l’adeguatezza del bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco”*⁸⁵

Tuttavia, l’ordinanza n. 32 *“sembrerebbe un’anomalia nell’indirizzo della Corte”*⁸⁶ se analizziamo la sentenza n. 168/2014 che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma regionale (art. 19 comma 1 lettera b) della Valle d’Aosta nella parte in cui annovera fra i requisiti per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica quello della residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente”, nella quale la Corte ha con maggiore concretezza applicato il criterio della ragionevolezza.

Invero, la Corte ha motivato la decisione evidenziando che *«le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza» (sentenza n. 222 del 2013)*, considerando che *«l’accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l’abitazione, [...] può richiedere garanzie di stabilità, che, nell’ambito dell’assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l’azione amministrativa e riducendone l’efficacia» (sentenza n. 222 del 2013)*. *Un simile requisito, tuttavia, deve essere «contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli» (sentenza n. 222 del 2013)*, anche in linea con il principio che *«se al legislatore, sia statale che regionale (e provinciale), è consentito introdurre una disciplina differenziata per l’accesso alle prestazioni assistenziali al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili» (sentenza n. 133 del 2013)*, tuttavia *«la legittimità di una simile scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza» (sentenza n. 133 del 2013)* e che, quindi, *debbono essere in ogni caso coerenti ed adeguati a fronteggiare le situazioni di bisogno o di disagio,*

inferiori a quelle di mercato, a categorie di cittadini meno abbienti. Il “seguito” della sentenza del giudice amministrativo, non impugnata dalla Regione, è consistito in un intervento in due fasi del Consiglio regionale, che ha cercato di superare l’orientamento del giudice amministrativo mediante la novazione della fonte parzialmente annullata dal TAR.

Con legge, il Consiglio regionale ha quindi introdotto il requisito della residenza o del lavoro per cinque anni nella Regione quale condizione per accedere al servizio (e non solo come titolo di preferenza) ed ha stabilito il principio per cui la residenza sul territorio regionale concorre nella determinazione del punteggio per la formazione della graduatoria, secondo criteri demandati ad un apposito regolamento,

Con regolamento, approvato in data 27 marzo 2006, il Consiglio ha approvato le modifiche al r.r. n. 1 del 2004, reintroducendo quindi la valorizzazione (pur ridotta nel peso relativo rispetto ai fattori relativi al disagio abitativo, economico e familiare) della durata della residenza regionale ai fini della formazione delle graduatorie.

Il giudizio a quo nasce dal ricorso proposto da due inquilini e da associazioni esponenziali degli interessi dei conduttori contro i provvedimenti di esclusione dalle graduatorie per difetto del requisito della residenza, e contro il regolamento del 2006, impugnato direttamente con i motivi aggiunti.

Ravvisata la pregiudiziale di costituzionalità, il TAR ha rimesso la questione alla Corte, sospettando che il requisito di residenza quinquennale introdotto dal legislatore lombardo ledesse diversi parametri, sia interposti, sia direttamente costituzionali: a) l’art. 117, terzo comma, Cost., anche in riferimento all’art. 47 Cost., per violazione dei principi fondamentali in materia di edilizia residenziale pubblica e in particolare della finalità, che la legge statale assegna all’ERP, di favorire i cittadini meno abbienti nell’accesso all’abitazione a condizioni inferiori a quelle di mercato; b) l’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., poiché la disposizione impugnata avrebbe interferito con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali; c) l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione al principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori; d) l’art. 120, primo comma, Cost., con riguardo alla libera circolazione delle persone e alla libertà di lavoro in tutto il territorio della Repubblica; e) il principio costituzionale di eguaglianza e di ragionevolezza.

⁸⁵ F. Corvaja “Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica”, Le Regioni 2008

⁸⁶ E. Monticelli “La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale” , Osservatorio costituzionale Fascicolo 2/2016

riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto principale di fruibilità delle provvidenze in questione (sentenza n. 40 del 2011).....”tuttavia, l’estensione di tale periodo di residenza fino ad una durata molto prolungata, come quella pari ad otto anni prescritta dalla norma impugnata, risulta palesemente sproporzionata allo scopo ed incoerente con le finalità stesse dell’edilizia residenziale pubblica, in quanto può finire con l’impedire l’accesso a tale servizio proprio a coloro che si trovino in condizioni di maggiore difficoltà e disagio abitativo, rientrando nella categoria dei soggetti in favore dei quali la stessa legge della Regione Valle d’Aosta n. 3 del 2013 dispone, all’art. 1, comma 1, lettera g), l’adozione di interventi, anche straordinari, finalizzati a fronteggiare emergenze abitative”.

9.4 I profili discriminatori della residenza qualificata.

La residenza qualificata rappresenta sempre più un criterio di condizionalità delle misure di *welfare*, riscontrabile principalmente nella legislazione regionale.⁸⁷

Si osserva che *“i sistemi delle cosiddette cittadinanze locali presentano delle potenzialità ma anche degli evidenti rischi. Se da un lato può favorire l’inclusione a livello locale, dall’altro può trasformarsi in meccanismi fortemente escludenti”*⁸⁸

La Corte costituzionale ha confermato nel tempo, anche in presenza di un peggioramento della situazione economica del paese, un orientamento teso a limitare le “politiche di appartenenza”, ampiamente presenti nella legislazione regionale, in tema di accesso a prestazioni sociali ed economiche, pur affidando, attraverso l’utilizzo del criterio della ragionevolezza, al legislatore regionale e agli amministratori locali spesso il difficile compito di assumere scelte idonee a individuare il nucleo irriducibile dei diritti, da un lato, e le esigenze di bilancio, dall’altro.

In ogni caso, la tendenza delle politiche regionali a sottrarre sempre più importanza alla cittadinanza quale *status* formale a cui legare la titolarità dei diritti sociali, a favore di una maggiore importanza allo *status* della residenza, finisce per affiancare al cittadino, destinatario di specifici diritti, un nuovo soggetto che si individua in colui che risiede legalmente all’interno di un territorio sub-statale amministrativamente definito.

In questo modo i diritti di cittadinanza possono assumere diverse dimensioni sulla base della titolarità o meno della residenza qualificata.

Il sistema di “cittadinanze locali”, però, presenta il rischio di trasformarsi in un sistema *ad excludendum*, nel momento in cui si renda l’anzianità dei “diritti anagrafici” funzionale all’ esercizio concreto di diritti fondamentali .

⁸⁷ E. Monticelli, op.cit.

⁸⁸ F. Biondi Dal Monte op cit. pag. 45

Emerge, infatti, un quadro sempre più frammentato e complesso, caratterizzato da numerose posizioni giuridiche contrapposte: non solo il cittadino e lo straniero, ma anche cittadini italiani che si distinguono in ragione della residenza qualificata.

In questo modo, nonostante il legame sottile tra l'utilizzo del criterio della residenza qualificata ed un approccio restrittivo alle politiche migratorie, si può notare anche come il criterio della residenza qualificata penalizzi quei cittadini che cambiano spesso la residenza, i quali, pur maturando nel corso delle diverse permanenze diritti legati alla contribuzione versata, vengono privati dell'accesso ad alcuni servizi tanto nella Regione da cui provengono, quanto in quella di arrivo.

In altre parole, parrebbe che politiche tese a limitare l'accesso al welfare ai cittadini stranieri, frutto di un approccio restrittivo alle politiche migratorie, in realtà di fatto possano determinare, di riflesso, una limitazione all'accesso anche per alcuni cittadini italiani, "colpevoli" di cambiare spesso residenza.

D'altro canto non può non essere osservato, conclusivamente, come il fenomeno delle migrazioni interne costituisca un'ulteriore conseguenza della crisi economica che molto spesso costringe le persone a cambiare città alla ricerca di un lavoro.

SEZIONE QUARTA

**NORMATIVA SULLA DIFESA CIVICA PIEMONTESE
ED ASPETTI ORGANIZZATIVI DELL'UFFICIO**

10. PROPOSTA DI RIFORMA DELLA L.R. 50/1981

Proposta di modifiche alla legge regionale n. 50 del 9 dicembre 1981 (istituzione dell'Ufficio del Difensore civico) trasmessa ai Presidenti del Consiglio e della Giunta regionale con nota del 26 maggio 2017, richiamata oralmente in sede di esposizione della Relazione annuale, nella seduta del Consiglio regionale del 30 maggio 2017.

OGGETTO: *proposta di modifiche alla vigente legge regionale n.50 del 9 dicembre 1981 (Istituzione dell'ufficio del Difensore civico).*

La presente relazione viene effettuata ai sensi del terzo comma dell'articolo 8 della Legge regionale 50/81 che consente al Difensore civico di trasmettere al Consiglio regionale ed al Presidente della Giunta, anche oltre i termini preveduti dal primo comma, relazioni straordinarie su questioni specifiche in casi di particolare importanza e comunque meritevoli di urgente considerazione ed è volta a completare, con la proposta di una "novella" della vigente Legge regionale di disciplina della Difesa civica, il quadro delle riflessioni svolte nella sezione V della relazione dedicata all'attività svolta nell'anno 2016 e nella parte seconda, capitolo 10, della relazione dedicata all'attività svolta nell'anno 2015.

Come si è già segnalato in quei capitoli la disciplina regionale dedicata all'istituto della Difesa civica, risalente all'anno 1981, pare meritevole di un aggiornamento sia in considerazione del mutato assetto dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione conseguente alle diverse riforme che in quasi quarant'anni si sono nel tempo succedute con lo scopo (per la verità non sempre raggiunto) di riconoscere al cittadino lo status di soggetto del sistema politico e giuridico anziché di oggetto di atti d'imperio, sia sulla scorta delle indicazioni provenienti da organismi sovranazionali⁸⁹, sia in ragione delle concrete esperienze maturate nei numerosi anni di attività degli uffici dei Difensori civici regionali, con riferimento ad un assai numeroso e variegato ventaglio di casi affrontati.

L'esperienza pluriennale della Difesa civica in Italia, pur tenuto conto di qualche differenza rinvenibile nelle diverse discipline regionali, consente di collocare l'istituto, sia se osservato in una prospettiva socio - politologica, sia se studiato in una prospettiva giuridica, in una dimensione unitaria che lo differenzia dalle Autorità amministrative indipendenti (autorità garanti ed autorità regolative). Mentre queste paiono più vicine al potere esecutivo, quasi espressione di una democrazia che procede dall'alto verso il basso, il Difensore civico è un soggetto terzo rispetto al binomio amministrazione cittadini e fonda la sua legittimazione nel percorso inverso, dal basso verso l'alto⁹⁰. Il Difensore civico è

⁸⁹ C.f.r. particolarmente alla Raccomandazione 309 del 27 settembre 2011 del Consiglio d'Europa intitolata: "La funzione dell'Ombudsman e i poteri locali e regionali" ed alla Risoluzione 1959 del 4 ottobre 2013, intitolata "Rafforzare l'istituzione del Difensore civico – Ombudsman in Europa"

⁹⁰ c.f.r. G. Amato, Autorità semi indipendenti ed autorità di garanzia, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1997, pag 645

preposto alle urgenze esistenziali, egli risale ai comportamenti della pubblica amministrazione partendo dal contrastato o ritardato soddisfacimento dei bisogni reali delle persone e delle comunità umane⁹¹

A differenza delle amministrazioni indipendenti, inoltre, l'istituzione del Difensore civico non comporta l'attribuzione di poteri decisionali diretti ma si avvale di strumenti di pungolo, di controllo e di richiamo nei confronti delle Amministrazioni che rimangono protagoniste e responsabili delle loro decisioni. Questo certamente appare costituire il punto debole dell'esperienza italiana dell'Ombudsman, così come sviluppatasi nella quasi totalità delle Regioni, ma su di esso non sarebbe possibile intervenire se non nel contesto di quella proposta di legge quadro sulla Difesa civica Nazionale più volte presentata in Parlamento ma fino ad oggi rimasta senza esito.

Le innovazioni che di seguito si elencano sono invece finalizzate ad aggiornare lo spettro delle funzioni, delle competenze e dei poteri della Difesa civica, accentuandone il più possibile l'effettività di intervento, in un necessitato contesto di compatibilità della fonte regionale di disciplina dell'istituto con l'assetto delineato nel titolo V della Costituzione .

Si propone anzitutto di conformare il contenuto dell'**articolo 2**, riguardante le funzioni del Difensore civico, alle previsioni dello Statuto della nostra Regione ed anche ad un'esigenza di tutela dei diritti civili (in primis della dignità della persona), su di un terreno di rilevanza collettiva prima ancora che individuale.

Nel testo dell'articolo 2 si propone altresì di introdurre una disposizione volta a disciplinare la funzione di "Garante della salute" che la Legge 24 approvata in Parlamento lo scorso 8 marzo (avente ad oggetto modifiche alla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie e misure di prevenzione del c.d. rischio clinico). prevede possa essere attribuita da ciascuna Regione al proprio Difensore civico regionale.

Nel tentativo di specificare quali debbano essere le prerogative di questa nuova figura di garanzia il legislatore nazionale ha stabilito che al Difensore civico i cittadini possano rivolgersi "per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria". Dizione che parrebbe voler configurare una ampia sfera di intervento estesa alla tutela di un interesse collettivo alla qualità, alla efficienza, ed al buon funzionamento dei servizi erogati dal sistema sanitario: dunque un controllo non solo della legittimità dell'attività posta in essere dall'Amministrazione regionale ma anche della qualità dei servizi erogati ai cittadini.

Anche sulla scorta dell'esperienza già maturata dall'ufficio si propone dunque al Consiglio regionale di affidare al "Garante della salute" una potestà di intervento non solo nelle ipotesi, già considerate dall'articolo 14, comma 5, del Decreto Legislativo 502/92 di "atti o comportamenti con i quali si nega o si limita la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria" ma anche una facoltà di controllo avente ad oggetto la funzionalità, l'organizzazione, l'efficienza delle strutture e dei presidi sanitari e socio sanitari; ed infine una facoltà ispettiva con riferimento a tutte quelle violazioni della dignità del cittadino utente che possano verificarsi in occasione della fruizione di prestazioni sanitarie.

⁹¹ Così in Marco La Bella, , Cultura istituzionale e strumenti di accountability. Il contributo dell'Ombudsman alla qualità della

La modifica del testo dell'articolo 3 (Diritto di iniziativa) risponde alla necessità di applicare compiutamente le disposizioni dell'articolo 90 dello Statuto regionale.

Il vigente testo è infatti frutto di una concezione dell'attività di Difesa civica direttamente conseguente a reclami prospettati da singoli cittadini, riguardanti problematiche inerenti Pubbliche Amministrazioni, senza espressa menzione delle richieste di iniziativa, per lo più di valenza generale, rivolte all'Ufficio da persone giuridiche, enti, associazioni, comitati.

Nel testo che si propone vengono poi introdotte, in consonanza con quanto previsto per altri ambiti di garanzia (si prenda ad esempio il Garante regionale delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale), funzioni ispettive, in specie per quanto attiene l'ambito sanitario e socio-sanitario, per rendere più incisive le funzioni di vigilanza del Difensore civico su possibili violazioni del diritto alla salute dei cittadini ricoverati, nel segno della tutela della dignità della persona .

Con la proposta di novella dell'articolo 4 si suggerisce di rivisitare le disposizioni attinenti le modalità di intervento ed i poteri di accertamento del Difensore civico, innanzitutto declinando puntualmente le varie fasi nelle quali si dispiega l'attività di Difesa civica e definendone, più accuratamente, i poteri istruttori.

In tale contesto, si propone altresì di dare riscontro, per quanto riguarda la materia sanitaria e socio-sanitaria, all'esigenza di approfondimento tecnico che l'esperienza quotidiana del lavoro di Difesa civica ha palesato negli anni, prevedendo la possibilità di avvalersi di competenze specialistiche idonee a fornire supporto alla delibazione di fondatezza delle richieste d'intervento pervenute.

Con la novella dell'articolo 7 (Conclusioni del Difensore civico al termine della procedura d'intervento), si suggerisce di porre in adeguata luce e meglio definire la sfera dei poteri caratterizzanti l'attività del Difensore civico svolta a conclusione delle procedure di istruttoria, trattazione e intervento.

In particolare si propone di espressamente menzionare il potere di raccomandazione che, sia nell'ordinamento comunitario che in quello interno, è normalmente assegnato alle Autorità indipendenti, in consonanza coi poteri di vigilanza e controllo loro affidati dalla legge, costituendo atto di impulso indirizzato all'adozione di una certa condotta.

Pur se non vincolante, la raccomandazione viene considerata, nel diritto internazionale, produttiva di un "effetto di liceità" nei confronti dei soggetti che ad essa si siano conformati, con conseguenti risvolti sulle responsabilità potenzialmente derivanti dall'attività svolta.

Inoltre, al fine di meglio individuare l'esito degli interventi attivati dal Difensore civico e garantirne l'effettività, si propone di prevedere la doverosità di una motivata risposta in capo ai soggetti destinatari dei rilievi. Su costoro incomberebbe infatti, in tale prospettiva, l'onere di comunicare se intendono conformarsi alle conclusioni formulate dal Difensore civico e, in ipotesi negativa, le motivazioni di diritto e gli elementi di fatto posti a fondamento del diniego⁹² .

democrazia, Milano 2012, pag 45

⁹² In senso analogo si veda l'articolo 8 della proposta di legge presentata in Parlamento il 24 giugno 2008, nella XVI legislatura, intitolata "Norme in materia di Difesa civica e istituzione del Difensore civico nazionale"

Un rafforzamento dei poteri della Difesa civica non può che attuarsi, infatti, attraverso una correlata responsabilizzazione delle strutture delle Pubbliche Amministrazioni oggetto di intervento, nonché dei loro responsabili⁹³.

La responsabilizzazione delle strutture amministrative, quale obiettivo rilevante dell'attività di Difesa civica attiene, peraltro, alla considerazione del Difensore civico (sull'esempio del Mediatore europeo) quale possibile strumento per realizzare una maggiore accountability della Pubblica Amministrazione: capace di consentire forme di partecipazione aggiuntive a quelle tradizionali.

La proposta di novella dell'articolo 10 rinvia, al primo comma, al principio costituzionale di leale collaborazione.

In tal modo intendendo rafforzare e consolidare il concreto funzionamento dell'istituto della Difesa civica, anche per quanto attiene a quelle attività che comportino interlocuzioni nei confronti degli Enti Locali, alla luce del nuovo assetto ordinamentale derivante dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Si propone inoltre, a tutela dell'autorevolezza del Difensore civico, di aggiornare le previsioni, già presenti nel testo vigente, in tema di facoltà di segnalazione all'Amministrazione a fini di eventuale avvio di procedimento disciplinare, aggiungendo ad essa una potestà di segnalazione ai fini della valutazione delle performance dei Dirigenti regionali.

Il testo che si propone all'attenzione del Consiglio regionale quale spunto per una rielaborazione della vigente disciplina sulla Difesa civica è dunque il seguente:

Articolo 1 immutato

Il testo dell'articolo 2 si propone venga sostituito dal seguente:

Art 2

(Funzioni del Difensore civico)

- l) Il Difensore civico interviene a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, vigilando affinché atti, provvedimenti, operazioni e comportamenti pubblici siano ispirati al rispetto dei principi di legalità, trasparenza, efficienza, efficacia, non discriminazione. Interviene altresì per sollecitare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Vigila affinché, in occasione dell'erogazione di servizi ai cittadini, venga tutelata la dignità della persona. Si adopera affinché l'attività delle Amministrazioni si conformi all'obiettivo di favorire la partecipazione dei cittadini al governo della cosa pubblica.*

⁹³ Profilo, questo, evidenziato nell'ordine del giorno 9/02681/127 a firma dell'Onorevole Tabacci, presentato il 4.11.2014, su cui il Governo allora in carica aveva espresso parere favorevole

- II) *Il Difensore civico può intervenire nei confronti delle Amministrazioni con le modalità ed i poteri disciplinati dalla presente legge, a tutela di diritti, aspettative, interesse legittimi, interessi diffusi, interessi collettivi, con esclusione di pretese di natura risarcitoria*
- III) *Il Difensore civico interviene nei confronti degli uffici dell'Amministrazione regionale, degli Enti pubblici non territoriali soggetti alla vigilanza della Regione, delle aziende regionali, degli enti e delle aziende del Servizio sanitario regionale nonché dei soggetti che erogano servizi pubblici a livello regionale e locale.*
- IV) *Il Difensore civico ha inoltre facoltà di intervenire nei confronti dei Comuni, delle Comunità montane, delle Province e della Città metropolitana insistenti nel territorio regionale.*
- V) *Nell'esercizio della propria attività il Difensore civico svolge funzioni di accertamento e verifica, di sollecitazione, di impulso e di persuasione. Il Difensore civico regionale svolge ogni altra funzione a lui attribuita dalla legislazione regionale o dalla normativa comunitaria e statale.*
- VI) *Il Difensore civico non può interferire nell'espletamento dei compiti amministrativi, partecipando all'elaborazione di atti e provvedimenti.*
- VII) *In applicazione di quanto stabilito nell'articolo 2 della Legge 8 marzo 2017 numero 24 è affidata al Difensore civico la funzione di "Garante per il diritto alla salute", in occasione del cui svolgimento egli è chiamato a verificare che venga soddisfatto dall'Amministrazione l'interesse alla qualità, all'efficienza ed al buon funzionamento dei servizi apprestati dal sistema sanitario regionale, ivi compresi quelli erogati da privati in regime di convenzione. Il Difensore civico può altresì intervenire, con le modalità ed i poteri disciplinati dalla presente dalla legge, a tutela di diritti, di aspettative o di interessi legittimi in materia sanitaria o socio sanitaria qualora un atto o un provvedimento dell'Amministrazione neghi o limiti la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria o socio sanitaria.*

Il testo dell'articolo 3 si propone venga sostituito dal seguente:

Art 3

(Diritto di Iniziativa)

- I) *Ogni persona fisica o giuridica, associazione riconosciuta o non, può sollecitare l'intervento del Difensore civico a tutela dei principi indicati nell'articolo 2, comma I, sia che abbia un interesse diretto, collegato ad un proprio diritto, interesse legittimo od aspettativa, sia che intenda richiedere un intervento a tutela di interessi diffusi.*
- II) *Il Difensore civico può intervenire anche di propria iniziativa con riferimento a problematiche di rilievo generale, eventualmente svolgendo attività ispettiva, per accertare disfunzioni nell'erogazione di servizi od anche irregolarità, negligenze o ritardi in comportamenti od atti della pubblica amministrazione.*

- III) *In materia sanitaria il Difensore Civico ha facoltà di visita senza preavviso nelle strutture sanitarie afferenti al Servizio Sanitario Nazionale insistenti nel territorio regionale con lo scopo di vigilare su di eventuali violazioni della dignità della persona con riferimento a soggetti ivi ricoverati.*

Il testo dell'articolo 4 si propone venga sostituito dal seguente:

art 4

(Modalità di intervento e poteri di accertamento del Difensore civico)

- I) *Quando sia pervenuta una richiesta di iniziativa il Difensore civico verifica se siano stati previamente interpellati gli uffici competenti e valuta la non manifesta infondatezza della richiesta, la rilevanza della stessa ai fini del corretto dispiegarsi dell'attività amministrativa nel rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione. Al sussistere di tutte e tre le condizioni, apre una procedura rivolta ad accertare la situazione di fatto e di diritto cui la richiesta si riferisce.*
- II) *A tale scopo, anche nel caso in cui la pratica sia stata aperta di propria iniziativa, il Difensore civico provvede a svolgere attività istruttoria richiedendo agli Uffici delle Amministrazioni competenti ed ai soggetti interessati di fornire le informazioni ed i chiarimenti ritenuti necessari.*
- III) *Gli uffici interpellati hanno obbligo di consegnare immediatamente, anche digitalmente, gli atti e i documenti oggetto della segnalazione pervenuta o dell'intervento operato d'ufficio, ed il Difensore civico ha facoltà di convocare il responsabile della struttura all'ambito delle cui responsabilità si riferisce la questione trattata, per procedere congiuntamente all'esame della pratica entro il termine che provvederà ad indicare unitamente alla convocazione.*
- IV) *Il Difensore civico ha inoltre facoltà di compiere sopralluoghi finalizzati ad una migliore valutazione della questione oggetto di esame e accedere a qualsiasi sede od ufficio dei soggetti destinatari dell'intervento. Nessun diniego e nessun segreto di ufficio può essere opposto alle richieste del Difensore civico.*
- V) *In materia sanitaria e socio sanitaria il Difensore civico può avvalersi della collaborazione tecnico professionale di operatori sanitari di propria scelta dipendenti da Aziende sanitarie o dall'Amministrazione regionale. Tali soggetti hanno obbligo di collaborare con il Difensore civico a sua semplice richiesta, impegnandosi al segreto sulle questioni trattate ed al rispetto delle regole deontologiche dell'Ufficio del Difensore civico.*

Articoli 4 bis, 5, 6, 6 bis, 6 ter, immutati

L'articolo 7 si propone venga sostituito dal seguente:

Articolo 7

(Conclusioni del Difensore civico al termine della procedura d'intervento)

- I) Esaurita l'attività istruttoria il Difensore civico può formulare rilievi, suggerimenti e raccomandazioni nei confronti dei soggetti elencati nell'articolo 2, comma III. Tali soggetti devono comunicare entro congruo termine fissato dal Difensore civico se intendono conformarsi e, in ipotesi di diniego, sono tenuti ad illustrarne adeguatamente le ragioni con relazione scritta.*
- II) Nell'ipotesi di riscontro di violazioni che investano problematiche di carattere generale le conclusioni ed i rilievi del Difensore Civico possono essere altresì comunicati ai Presidenti del Consiglio e della Giunta regionali.*

L'articolo 8 si propone venga sostituito dal seguente:

Art 8

(Relazione annuale, rapporti con il Consiglio e la Giunta regionali)

- I) Il Difensore civico, entro il 31 marzo di ogni anno, invia al Presidente del Consiglio regionale, al Presidente della Giunta regionale, ai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati la relazione sull'attività svolta, contenente anche eventuali suggerimenti organizzativi e normativi di cui ritenga di segnalare la opportunità.*
- II) La relazione è presentata oralmente al Consiglio regionale ed è successivamente sottoposta a discussione secondo le norme del Regolamento del Consiglio.*
- III) In ogni momento, in casi di particolare rilevanza, il Difensore civico può inviare al Presidente del Consiglio regionale ed al Presidente della Giunta regionale una relazione suppletiva avente riguardo questioni specifiche rilevate nell'ambito dell'attività dell'ufficio. Il Presidente del Consiglio regionale può deliberare che le questioni riferite nella relazione suppletiva vengano esposte dal Difensore civico in seduta consiliare.*
- IV) Il Difensore civico ha diritto di essere ascoltato dalle Commissioni consiliari competenti al fine di riferire su aspetti generali della propria attività che investano la loro competenza.*
- V) il Difensore civico può chiedere altresì di essere ascoltato dalla Giunta regionale con riferimento ad argomenti riguardanti le finalità istituzionali dell'ufficio, precisando nella richiesta quale sia l'oggetto della questione su cui intende relazionare. Sulla richiesta delibera il Presidente della Giunta. Se la richiesta viene accolta il Difensore civico viene convocato in una seduta della Giunta per relazionare.*

Articolo 9 immutato

Il testo dell'articolo 10 si propone venga sostituito dal seguente:

Art 10

(Obblighi di collaborazione con il Difensore civico da parte delle amministrazioni, cooperazione con il Difensore civico da parte di soggetti estranei all'ufficio)

- I) Le amministrazioni nei cui confronti il Difensore civico promuove l'intervento sono tenute a prestargli leale collaborazione e ad agevolare il compito per il raggiungimento delle finalità della presente legge*
- II) In caso di mancata collaborazione da parte di responsabili della struttura all'ambito delle cui responsabilità si riferisce la questione trattata, il Difensore civico segnala il fatto all'amministrazione di appartenenza ai fini della valutazione delle loro performance o dell'eventuale avvio del procedimento disciplinare.*
- III) L'esito dei procedimenti disciplinari e di valutazione di cui al comma precedente è comunicato al Difensore civico.*
- IV) Al fine di approfondire le questioni aventi prevalente contenuto specialistico, il Difensore civico può avvalersi della consulenza gratuita di esperti nella materia trattata, anche estranei all'Amministrazione regionale, da lui fiduciarmente scelti. Tali soggetti devono impegnarsi a rinunciare a qualsivoglia compenso, a mantenere il segreto sulle questioni trattate ed a rispettare le regole deontologiche dell'Ufficio del Difensore civico.*

Articoli da 11 a 21 immutati

11. NOVITÀ INTRODOTTE CON DELIBERAZIONE U.d.P 42/2017

Considerazioni del Difensore civico

Anzitutto una premessa sulla disciplina del Difensore civico – che è la più risalente tra le authorities della nostra Regione – e, più in generale sulle caratteristiche di questo istituto.

La riflessione prende le mosse dal un dato normativo di decisivo rilievo: l'articolo 90 del nostro Statuto regionale, entrato in vigore nel 2003, definisce l'Ufficio dell'Ombudsman *autorità indipendente della Regione preposta alla tutela amministrativa dei cittadini* e ne individua la ragion d'essere nella necessità di *garantire l'imparzialità, il buon andamento e la trasparenza dell'azione amministrativa*.

Davvero difficile non riconoscere in questa enunciazione -che richiama testualmente il dettato dell'articolo 97 della Costituzione- il progetto di attribuire all'Ombudsman regionale un ruolo di fondamentale contrappeso al potere dell'Amministrazione

La legge regionale 50/81, aveva infatti affidato al Difensore civico, così come era avvenuto nelle altre regioni in cui lo si era incardinato, il potere di accedere ai documenti dell'amministrazione e di segnalare anomalie, esercitando un'attività di *moral suasion* volta a stimolare l'eventuale revoca in autotutela di atti illegittimi: attività questa che, successivamente, venne dalla legge nazionale estesa anche nei confronti delle amministrazioni statali periferiche (fatta eccezione per i settori della difesa, della sicurezza pubblica e della giustizia). A questi poteri se ne sono affiancati nel tempo altri, ancor più penetranti, che affidano all'Ombudsman un controllo oggettivo di legalità e si esplicano nella previsione di una tutela giustiziale in materia di accesso civico ed accesso documentale e della facoltà di nominare un commissario ad acta in ipotesi di inerzia dell'amministrazione nell'assunzione di provvedimenti obbligatori per legge⁹⁴. Si tratta di poteri e facoltà che, secondo alcuni, disegnano l'attività del Difensore civico, almeno per una parte di essa, alla stregua di una magistratura di influenza che assicura ascolto ed amplificazione alle esigenze dello Stato-Comunità

L'istituto è presente in svariati ordinamenti nazionali, non solo europei, ed è anche confortato da autonomo rilievo e considerazione nell'ordinamento dell'Unione Europea⁹⁵.

Sul punto, per rilievo e significato, vanno particolarmente segnalati i Principi di Parigi contenuti nella risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993 e la Raccomandazione 309/2011 del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa: documenti questi in cui si raccomanda di istituire il Difensore civico con mandato generale per intervenire sulle problematiche delle Pubbliche Amministrazioni ed anche di garantirgli indipendenza ed

⁹⁴ A seguito della sentenza 104 del 2004 della Corte Costituzionale si discute se il Difensore civico possa ancor oggi considerarsi legittimato all'esercizio di poteri sostitutivi.

⁹⁵ L'Ombudsman europeo, denominato Mediatore, è stato introdotto dagli articoli 21 e 195 del Trattato dell'Unione Europea che hanno trovato attuazione con la "Decisione del Parlamento europeo del 9 marzo 1994 sullo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore"

autonomia funzionale, dotandolo di strutture, mezzi e personale in misura adeguata a svolgere il proprio compito in assoluta libertà.

Infatti, nonostante la molteplicità di forme che l'Ombudsman ha assunto nelle svariate normative che lo riguardano, è possibile individuare un elemento comune che ne contraddistingue ovunque funzioni e ragion d'essere: l'attività degli Ombudsmen realizza un bilanciamento ed un contrappeso nei confronti dei pubblici poteri in favore dei cittadini.

Una tale caratteristica è ricavabile anche dall'esame degli ordinamenti regionali che lo hanno istituito nel nostro paese e che gli conferiscono, esplicitamente, poteri di controllo sia nei confronti degli organi che esercitano funzioni di indirizzo politico sia nei confronti degli organi che esercitano funzioni di gestione amministrativa. Ed è in questa chiave di lettura che si collocano espressioni del tenore di quelle contenute nell'articolo 90 dello Statuto della nostra Regione che assegna al Difensore civico il delicato, quanto impegnativo, compito di *garantire l'imparzialità, il buon andamento e la trasparenza dell'azione amministrativa*.

Per questa ragione al Difensore civico deve essere accordata, come avviene per la magistratura ordinaria, la più lata (ed anche immediatamente riconoscibile) indipendenza dal potere esecutivo e, più in generale, dal potere politico. Indipendenza che è stata efficacemente definita come "*la protezione contro i possibili tentativi dell'esecutivo di mettere la museruola al cane da guardia*"⁹⁶. Una connotazione chiamata ad assumere dimensioni valoriali, volte a garantire al Difensore civico una piena immunità nell'esercizio delle funzioni, dei poteri e delle prerogative che la legge gli riconosce, volendosi evitare che nello svolgimento della propria attività di controllo egli corra il rischio di soggiacere ad eventuali pressioni da parte dell'Amministrazione presso cui è incardinato.

Va inoltre sottolineato che il soggetto chiamato allo svolgimento dell'incarico deve essere scelto nel novero di candidature che garantiscano la personale indipendenza del prescelto da organi governativi, partiti politici e da ogni altra situazione che possa ostacolare la sua autonomia.

Ecco perché la quasi totalità degli ordinamenti regionali pretende che la nomina fiduciaria operata dai Consigli regionali sia effettuata con la maggioranza qualificata dei due terzi che appare idonea, almeno in astratto, ad escludere nomine politicamente connotate e stabilisce altresì, per tutta la durata dell'incarico, il divieto di svolgimento di qualsivoglia altra attività di natura pubblica o privata.

Va però rammentato, sulla scorta dei documenti sopranazionali prima citati, che non è sufficiente che l'indipendenza sia affermata, sul piano dei principi, come fattore valoriale della difesa civica senza che nel concreto ci si preoccupi di realizzare i presupposti fattuali che ne possano consentire l'inveramento: occorre dunque che la condizione di immunità accordata al Difensore civico sia estesa, per osmosi, anche al personale di area direttiva che con lui collabora.

I collaboratori dell'Ombudsman sono infatti chiamati ad un'attività di supporto (reperimento e studio delle fonti legislative e giurisprudenziali necessarie alla trattazione dei casi, realizzazione delle premesse istruttorie degli emanandi provvedimenti, collaborazione alla stesura della relazione annuale e di quelle straordinarie) che si traduce in un coinvolgimento nelle attività valutative e deliberative tipiche

⁹⁶ R. Gregory, Building an Ombudsman Scheme, in International Ombudsman Journal, numero 12/94

dell'Ufficio. Per questa ragione non pare accettabile il rischio che il timore di un vulnus alla propria carriera, conseguente alla manifestazione di un atteggiamento di autonomia ed indipendenza nei confronti degli organi gerarchicamente superiori, possa limitare, in ipotesi di conflitto tra interessi dell'Amministrazione ed attività di controllo della Difesa civica, la libertà di giudizio o di iniziativa dei Funzionari di area direttiva che collaborano con il Difensore civico.

Consapevole di una tale esigenza il legislatore regionale che, nel 1981, emanò la legge istitutiva della Difesa civica ebbe a prevedere all'articolo 19, intitolato "*Sede, organizzazione e dotazione organica dell'Ufficio del Difensore civico*" che "*Per il funzionamento è istituito il Servizio del Difensore Civico la cui dotazione organica è stabilita con deliberazione del Consiglio Regionale. In sede di prima istituzione la dotazione organica è stabilita con deliberazione del Consiglio regionale, sentito il Difensore civico. Il personale assegnato è scelto nell'organico regionale e dipende funzionalmente dal Difensore civico.*"

Si scelse in quell'occasione di lasciare immutata la dipendenza gerarchica di quel personale dal datore di lavoro Regione Piemonte, al contempo esplicitando il concetto di una dipendenza diretta dal Difensore civico, con ciò volendo corrispondere all'esigenza di una garanzia di indipendenza estesa anche al personale di area direttiva dell'Ufficio.

La soluzione adottata fu, nella buona sostanza, una sorta di distacco del personale, assimilabile a quello operato nei confronti dei membri di polizia giudiziaria chiamati ad operare nelle Procure della Repubblica che, pur mantenendo l'appartenenza all'amministrazione di provenienza, sono sottoposti ad un regime di "*subordinazione*" al Pubblico Ministero nello svolgimento del proprio servizio (art. 59 c.p.p.)

La legge istitutiva ebbe a prevedere inoltre una iniziale facoltà di intervento del Difensore civico nella selezione del personale, allo scopo di favorire la individuazione di un organico dell'Ufficio idoneo, per preparazione ed attitudini, ad affrontare i compiti assegnatigli dalla legge. Va peraltro segnalato come tale forma di consultazione sia poi divenuta una prassi, positivamente utilizzata sino ad oggi.

In consonanza con la previsione della indipendenza funzionale l'articolo 14 della Legge regionale 8.08.1997, n. 51, stabilì che l'Ufficio del Difensore civico fosse annoverato nell'ambito delle strutture organizzative speciali, alla stregua dei Gabinetti di Presidenza della Giunta e del Consiglio, dell'Avvocatura regionale e dell'Ufficio Controllo di gestione. Con ciò dando atto della "*rilevanza e complessità*" (art.9 della Legge) delle materie trattate dall'Ombudsman piemontese.

Rilevanza e complessità di cui chi scrive è testimone, in virtù dell'esperienza maturata negli anni trascorsi dall'insediamento, e che induce a doverosamente segnalare l'eccellente collaborazione di quei Funzionari di area Direttiva che da svariati anni mettono a disposizione dell'attività dell'Ufficio una consolidata preparazione specialistica ed una altrettanto preziosa attitudine vocazionale.

Tornando alla storia delle vicende normative riguardante l'indipendenza dell'Ufficio del Difensore civico va rammentato che la legge 23/2008 abrogò la legge 51/1997 e che da allora la questione non ha più trovato specifica regolamentazione da parte del legislatore regionale, mentre l'Ufficio appare menzionato esclusivamente in atti deliberativi con i quali si era in un primo tempo previsto che esso

fosse accorpato al Settore Affari giuridici e istituzionali e, successivamente, al Settore Processo legislativo.

Da ultimo, con deliberazione dell'Ufficio di Presidenza numero 42/2017, divenuta esecutiva lo scorso giugno, è stato istituito il "Settore Difensore civico e Garanti".

La delibera prevede che compito del nuovo Settore sia quello di svolgere il supporto giuridico amministrativo e tecnico gestionale al Difensore civico ed ai Garanti per lo svolgimento delle funzioni rispettivamente loro assegnate dalla legge.

Si è trattato di un provvedimento ispirato dalla condivisibile esigenza di razionalizzare, unificandole, le attività di segreteria e di protocollo, nonché quelle di gestione amministrativa, degli Uffici del Difensore civico, del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, del Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza e del Garante degli animali.

Non altrettanto condivisibile, dal punto di vista di chi scrive, è però l'eventualità che in conseguenza dell'atto deliberativo sopra citato anche il personale di area direttiva, fino ad oggi separatamente assegnato al Difensore civico ed a ciascun Garante, possa essere considerato come facente parte di un unico ed indistinto agglomerato destinato ad un contemporaneo e collettivo supporto sia al Difensore civico che ai tre Garanti.

Il concreto verificarsi di una tale ipotesi provocherebbe infatti esiti fortemente disfunzionali nello svolgimento delle attività tipiche di queste Authorities.

E ciò non soltanto in ragione della non omogeneità degli statuti giuridici del Difensore civico, del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, del Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza e del Garante degli animali ma soprattutto in conseguenza della ontologica diversità delle funzioni, degli scopi e, in una parola, della identità di queste diverse figure.

Al contrario, a fronte di tali diversità, fortissima è l'esigenza di specializzazione e, dunque, anche di salvaguardare le preziose professionalità ed i saperi maturati in anni di lavoro specialistico.

Una lettura della delibera recentemente approvata, fondata sul dato letterale secondo cui al Settore è affidata anche un'attività di supporto giuridico-amministrativo pare dunque irrispettosa delle esigenze di indipendenza e di specializzazione dell'ufficio del Difensore civico che si sono fin qui sottolineate (così come delle altre Autorità di garanzia).

L'Ombdusman regionale è infatti chiamato a svolgere, nelle diverse e complesse estensioni che le norme regionali e nazionali gli assegnano, una pluralità di compiti che, propriamente, devono essere definiti come di natura giuridico-amministrativa: essi non possono essere esternalizzati ad un Settore dell'Amministrazione ma debbono essere svolti esclusivamente dal Difensore civico, affiancato da collaboratori provenienti dall'area direttiva del Consiglio regionale ed a lui assegnati in via esclusiva.

Collaboratori che egli è chiamato a dirigere, impartendo istruzioni, formulando gli obiettivi ed esprimendo le correlative valutazioni sul raggiungimento degli stessi.

Ciò è quanto fino ad oggi è avvenuto, sulla scorta della previsione di una dipendenza funzionale dal Difensore civico del personale assegnato al suo Ufficio esplicitata nell'articolo 19 della legge istitutiva.

Tutto ciò potrebbe però essere vanificato dalla insufficiente chiarezza delle previsioni del provvedimento regolamentare che si è qui preso in esame, il quale omette di prevedere che il Dirigente del Settore, come apparirebbe invece indispensabile, sia chiamato a rispettare, ed a far rispettare, il principio della dipendenza funzionale dal Difensore civico del personale a costui assegnato: principio che, a parere di chi scrive, va realizzato attraverso una nitida esplicitazione della regola secondo cui obiettivi e valutazioni per il personale di area direttiva sono di esclusiva competenza del Difensore civico

Il rischio, in assenza di chiarezza, è che il personale di area direttiva dell'Ufficio del Difensore civico sia soggetto, nelle tutt'altro che inverosimili ipotesi di scontro tra doveri dell'Ufficio e confliggenti interessi dell'Amministrazione, ad una disorientante e confusiva doppia "lealtà": da un lato nei confronti dell'Ombudsman, dall'altro nei confronti dell'Amministrazione di provenienza.

Per queste ragioni, si richiede che l'III. mo Consiglio regionale voglia stabilire, adottando le iniziative normative ritenute opportune, i seguenti principi volti a tutelare anche l'autonomia e l'indipendenza delle altre Autorità di garanzia incardinate nella nostra Regione:

L'Ufficio di Presidenza stabilisce la dotazione organica unica della struttura Difensore civico e Garanti con riferimento al personale di supporto tecnico gestionale.

Stabilisce altresì dotazioni organiche separate, di intesa con il Difensore civico e con i Garanti, con riferimento al personale di area direttiva destinato al supporto giuridico amministrativo ed assegnato in via esclusiva all'Ufficio del Difensore civico, a quello del Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale ed a quello del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza.

Il personale di area direttiva rispettivamente assegnato agli Uffici del Difensore civico, del Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale e del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza dipende funzionalmente da ciascuna delle Autorità cui afferisce. Le predette Autorità provvedono a stabilire gli obiettivi annuali ed a formulare le correlative valutazioni con riferimento al personale loro assegnato per svolgere attività di supporto giuridico amministrativo.

Il Dirigente del Settore provvede a stabilire gli obiettivi annuali ed a formulare le correlative valutazioni con riferimento al personale di supporto tecnico gestionale facente parte della dotazione organica unica.

SEZIONE QUINTA

12. INCONTRI E SEMINARI

12.1 La partecipazione dell'Ufficio del Difensore civico al 30° Salone del libro di Torino

Il 30° Salone internazionale del Libro di Torino dal tema "Oltre il Confine" ed il Consiglio regionale del Piemonte, hanno offerto all'Ufficio del Difensore civico la possibilità di organizzare presso la sala Arancio un interessante momento di riflessione sul tema "Libertà di indossare il velo e divieto di discriminazione".

Pubblichiamo qui di seguito le relazioni svolte da: Elisabetta Palici di Suni- Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza; Cesarina Manassero- Avvocata del Foro di Torino- esperta di diritto antidiscriminatorio; Emanuela Borzi -Funzionaria Ufficio del Difensore civico-

L'incontro é stato introdotto dal Difensore civico avv. Augusto Fierro e dalla Consigliera Stefania Batzella in qualità di Presidente della Consulta delle elette.

12.1.1 "Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce"

(di Elisabetta Palici Di Suni)

Con un libro pubblicato nel 1895 (*Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*), Georg Jellinek sostiene che la celebre *Declaration* francese del 1789 deriva dalle costituzioni adottate dagli stati americani dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776 molto più che dalle idee dell'illuminismo e in particolare dal Contratto sociale di Rousseau. Ciò che si pone alla base delle prime costituzioni americane e dei cataloghi dei diritti in esse contenute è la libertà religiosa. In molti casi i primi coloni inglesi erano infatti puritani o comunque persone perseguitate nella madre Patria per motivi religiosi. La libertà religiosa e di coscienza acquista perciò un ruolo fondamentale ed è riconosciuta con forza fin dai cosiddetti patti di piantagione del '600 e poi appunto nelle prime costituzioni americane, quali quelle della Virginia, del Maryland e del New Hampshire, approvate nel 1776 subito dopo la dichiarazione di indipendenza.

L'art. V della Costituzione del New Hampshire così stabiliva:

«Ogni individuo ha un diritto naturale ed inalienabile di venerare Dio, in accordo ai dettami della sua coscienza e ragione, e nessun individuo deve essere danneggiato, molestato o impedito nella sua personalità, libertà e proprietà per aver venerato Dio nella maniera e nel momento più gradito ai dettami della sua coscienza, o nella sua professione religiosa, nei suoi sentimenti o persuasione; purché egli non disturbi la tranquillità pubblica e non disturbi altri nella loro pratica religiosa».

La libertà religiosa è dunque alla base della libertà di coscienza e di ogni libertà, e questo valeva in passato, ma mi sembra valga, e molto, anche oggi.

La libertà religiosa deve confrontarsi con il concetto di laicità.

A questo proposito Roberto Mazzola, in un recente convegno a Milano dedicato a “Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale”, ha insistito su una distinzione che mi sembra fondamentale: quella tra laicità *de combat* alla francese (antireligiosa) e laicità più inclusiva e tollerante.

Io sono convinta che la laicità debba essere intesa in questo secondo senso, perché la rigidità alimenta il fanatismo e la violenza, mentre la tolleranza spinge al dialogo, al rispetto del pluralismo culturale e religioso e ad una convivenza pacifica, con vantaggi per tutti. Sono quindi contraria a rigidi divieti di portare simboli religiosi, a soluzioni drastiche e sono invece favorevole a soluzioni più flessibili, che cerchino di volta in volta una composizione ragionevole dei diversi interessi.

Con la sentenza *Achbita* del 14 marzo 2017 (C-157/15), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che il datore di lavoro può vietare il velo alle dipendenti. Il caso riguardava una società con sede in Belgio che fornisce servizi di ricevimento e di accoglienza a privati nel settore pubblico e privato. La società aveva posto ai propri dipendenti il divieto di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose in forza di una regola non scritta, inserita il 29 maggio 2006 nel regolamento interno ed entrata in vigore il 13 giugno 2006. La sig.ra Achbita aveva comunicato ai propri superiori nell'aprile 2006 che intendeva indossare il velo, aveva ricevuto una risposta negativa ma aveva ribadito la sua intenzione il 12 maggio, dopo un'assenza per malattia. Secondo la Corte di Giustizia il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

In questo modo la Corte di Giustizia segue un orientamento che mi sembra si possa qualificare da “laicità alla francese”.

All'inizio della motivazione si fanno riferimenti agli artt. 10 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e 9 della Convenzione Europea dei Diritti Umani sul diritto alla libertà di coscienza e religione, ma nel resto della sentenza la Corte di Giustizia si sofferma solo sul problema dell'esistenza o meno di una discriminazione diretta o indiretta

Secondo la Corte è legittima la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa; tale volontà rientra nella libertà d'impresa.

In questo modo mi sembra che il fine economico, di mercato prevalga sui diritti individuali, il riferimento alla libertà d'impresa sulla libertà di coscienza e di religione

La Corte richiama un caso deciso dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, per dimostrare che la libertà d'impresa “consente, entro certi limiti, di apportare una restrizione alla libertà di religione”.

Il caso *Eweida* riguardava una hostess della *British Airways* che indossava al collo una collanina con una croce. Con la divisa precedente la croce era nascosta dal colletto, ma con il cambio di divisa, più scollata, era divenuta visibile. Ciò che la Corte di Giustizia non dice è che in questo caso la Corte Europea dei Diritti Umani era arrivata a conclusioni opposte rispetto alla decisione *Achbita*.

Nel caso *Eweida* si sottolinea innanzi tutto che la libertà di religione è una libertà individuale di pensiero e di coscienza alla base di una società democratica e che quest'ultima debba tollerare e

sostenere il pluralismo e le diversità. Applicando il criterio di proporzionalità la Corte EDU considera, da un lato, il desiderio della sig.ra Eweida di manifestare il suo credo religioso e, dall'altro, il desiderio dell'impresa di proiettare all'esterno una certa immagine. La Corte osserva che la croce indossata dalla sig.ra Eweida era un simbolo discreto e non c'è prova che simboli indossati in passato da altri dipendenti abbiano avuto un impatto negativo sull'immagine della *British Airways*. La Corte rileva dunque una violazione dell'art. 9 della CEDU (libertà di coscienza e religione) e afferma che non è necessario esaminare il profilo della violazione dell'art. 14 (non discriminazione).

La Corte di Giustizia segue un percorso opposto: nega che ci sia discriminazione e non prende in considerazione il diritto alla libertà di coscienza e religione.

In questi anni la Corte Europea dei Diritti Umani ha adottato molte altre decisioni in materia di libertà religiosa e di simboli religiosi in particolare, arrivando a conclusioni anche diverse rispetto a quelle adottate nel caso *Eweida*.

Nel caso *Dalhab v. Svizzera* del 2001 la Corte EDU ha ritenuto che il divieto di portare il velo, imposto ad un'insegnante di scuola primaria, fosse giustificato dal principio di neutralità dell'insegnamento nelle scuole pubbliche. Nel caso *Leyla Sahin v. Turchia* del 2005, la Corte ha riconosciuto che vietare ad una studentessa di medicina di portare il velo all'università rientrasse entro il margine di apprezzamento dello Stato, secondo il criterio di proporzionalità, e non implicasse una violazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani.

Nel 2014 la Corte Europea dei Diritti Umani, nel caso *S.A.S v. Francia* (43835/11), ha ritenuto che la legge francese dell'ottobre 2010, vietando l'occultamento del volto in luogo pubblico, non viola la CEDU, perché il velo integrale pone problemi di sicurezza, rispetto ai quali c'è un margine di apprezzamento da parte degli Stati. Secondo l'opinione dissenziente di due giudici (Nussberger e Jäderblom), però, si tratta di un motivo proporzionato solo in un contesto in presenza di una minaccia alla sicurezza pubblica, ma una proibizione così ampia non è necessaria in una società democratica.

A maggior ragione, nel caso *Achbita* deciso dalla Corte di Giustizia, sembra che una ditta possa restare ed apparire neutra dal punto di vista religioso anche se un suo dipendente indossa un velo islamico, così come altri potranno indossare un crocifisso o una medaglietta con l'immagine della Madonna o altro. La neutralità religiosa di una ditta non pare compromessa se i suoi dipendenti sono di orientamenti e religioni diverse.

Si tratta di un approccio più accomodante e tollerante, secondo me preferibile.

Purtroppo in Europa e anche in Italia sembra tuttavia prevalere un'impostazione più rigida e chiusa.

Un esempio di approccio rigido è quello della recentissima decisione della Corte di Cassazione depositata il 15 maggio 2017. Un indiano Sikh era stato condannato ad una pena di duemila euro perché trovato dalla polizia locale in possesso di un coltello, portato alla cintola. L'indiano aveva obiettato che indossare un turbante e il pugnale (*Kirpan*) rientra nelle prescrizioni della sua religione. Va

ricordato che secondo i Sikh ogni uomo deve portare il *Kirpan* e utilizzarlo solo se si trova nella necessità di difendere una persona più debole minacciata.

La Corte di Cassazione afferma “*il principio per cui nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti a offendere*”.

La Cassazione cita a sostegno della sua decisione la Convenzione Europea dei Diritti Umani e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani. Cita anche la sentenza *Eweida*, ma la cita in modo errato!

Secondo la Cassazione, cito alla lettera, «nella causa *Eweida* e altri contro Regno Unito del 15 gennaio 2013, la Corte ha ritenuto la legittimità delle limitazioni alle abitudini di indossare visibilmente collane con croci cristiane durante il lavoro e ha suffragato l’opinione ricordando che, nello stesso ambiente lavorativo, dipendenti di religione Sikh avevano accettato la disposizione di non indossare turbanti o *Kirpan* (in questo modo dimostrando che l’obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni)».

Come si è visto, però, la Corte EDU afferma, *al contrario*, che applicando il principio di proporzionalità si deve riconoscere il diritto della sig.ra *Eweida* di indossare la croce nel suo lavoro di hostess alla *British Airways*.

Ma c’è un secondo errore clamoroso: nel caso *Eweida* la Corte Europea ricorda che la *British Airways* aveva ammesso la possibilità di indossare i turbanti e i braccialetti d’argento dei Sikh, così come l’*hijab* delle musulmane, in deroga al codice di vestiario, che pure non ammetteva alcun simbolo religioso: non è l’obbligo religioso a non essere assoluto, ma il codice di vestiario!

Si tratta di errori molto grossolani e mi chiedo come siano possibili in una sentenza pronunciata dalla nostra Corte Suprema. Possibile che non siano in grado di leggere e capire una sentenza scritta in inglese e francese?

A parte problemi di comprensione linguistica, è comunque l’impostazione rigida che mi sembra da respingere. Un indiano Sikh che cammina indossando il costume tradizionale con turbante e pugnale alla cintola non costituisce, a mio avviso, un problema per la sicurezza pubblica, non attenta alla sicurezza. Non più di una signora che abbia appena comprato un coltello per tagliare il pane o l’arrosto, o di un pensionato che abbia comprato un’accetta per tagliare la legna e la stia portando a casa.

Un orientamento opposto a quello seguito dalla nostra Corte di Cassazione si trova in un caso famoso, il caso *Multani*, risolto dalla Corte Suprema del Canada nel 2006. La questione riguardava uno studente Sikh che per la sua fede era tenuto ad indossare anche a scuola un pugnale (il *Kirpan*). La Corte accoglie il ricorso del ragazzo e ritiene illegittimo il divieto assoluto di indossare il *Kirpan* a scuola (limitazioni proposte dal Consiglio scolastico erano state accettate dal ragazzo, ma in un secondo tempo i commissari della scuola avevano rifiutato l’intesa e vietato il *Kirpan* in assoluto). Rispetto alle esigenze di sicurezza nella scuola si sottolinea che lo studente non ha mai avuto problemi di comportamento a scuola, né ha mai avuto atteggiamenti violenti. La religione Sikh predica il pacifismo. In 100 anni da quando i Sikh frequentano le scuole in Canada non ci sono mai stati episodi di violenza legati alla

presenza del *Kirpan* nelle scuole. Tutto ciò induce a ritenere sproporzionato un divieto assoluto di indossare il *Kirpan* a scuola. Un valore molto importante della società canadese è la tolleranza religiosa. Anche a livello educativo occorre promuovere il multiculturalismo, la diversità e il rispetto dei diritti degli altri.

Una impostazione dunque opposta rispetto a quella della nostra Corte di Cassazione.

Io credo che un orientamento più tollerante e rispettoso del pluralismo e della libertà religiosa sia da preferire, perché favorisce un clima più disteso e stempera atteggiamenti di fanatismo e di violenza, che sono invece alimentati proprio da chiusure e rigide contrapposizioni.

12.1.2 “Libertà di indossare il velo e divieto di discriminazione nella giurisprudenza italiana” (di Cesarina Manassero)

Premessa

In questi giorni, la discussione sullo *Jus soli* è sempre più al centro delle cronache. Il dibattito sul concetto di cittadinanza è scottante. Le frontiere, infatti, sono sempre più mobili e questo scenario impone ai Giuristi ed alle Giuriste una riflessione sul concetto di frontiera, di mobilità sociale e di cittadinanza, secondo una prospettiva nuova.

Come possiamo intendere e ridisegnare la cittadinanza? La cittadinanza deve essere decostruita e rielaborata come un fattore di inclusione e non di esclusione o di discriminazione, così come è accaduto sino ad ora. Peraltro, la cittadinanza è una mera convenzione, una sorta di *fictio* giuridica, tanto che in dottrina si avanza l'ipotesi che i cittadini possano, *rectius*, debbano acquisire la cittadinanza del Paese in cui si trovano in quel dato momento della loro vita. Questa teoria mi trova concorde. La mobilità sociale, infatti, è un fattore alquanto presente nello spazio europeo. Un concetto di cittadinanza fissa, così come pensato nel sistema giuridico attuale, non ha più senso, perché presuppone una società stanziale. Per dirla con Baumann, la società è liquida ed anche la cittadinanza deve essere concepita come uno *status* liquido, flessibile, non discriminatorio.

La cittadinanza non può più essere considerata solo come “comunanza del passato”, ovvero come comunanza di lingua, di storia, di usanze, ma deve essere intesa, così come ha affermato di recente, il Prof. Andrea Giorgis, ad un convegno sul tema, come “comunanza di futuro”.

La previsione di uno *jus soli* temperato, ovvero del principio per cui lo straniero, nato da almeno un genitore con permesso di lungo soggiorno, diventi cittadino italiano in automatico è un primo passo, ma non basta.

Molto più confacente è lo *jus culturae*, ovvero la previsione secondo cui tutti coloro che sono entrati in Italia prima del 12° anno di età e che abbiano studiato nel Paese per almeno cinque anni, diventino cittadini italiani in modo automatico. Lo *jus culturae*, infatti, unisce quella comunanza di passato, tipica del concetto di cittadinanza secondo il vecchio modello con quella comunanza di futuro, secondo la nuova prospettiva.

Rispetto ai diritti della Persona umana non può esserci negoziazione. La libertà, l'eguaglianza, il rispetto per la dignità e per la condizione personale e sociale sono condizioni essenziali, per garantire a tutti/e un'esistenza libera e dignitosa.

La Corte costituzionale italiana, con la pronuncia n. 1122/1988 ha precisato che vi è una preesistenza dei diritti fondamentali, una sorta di substrato, che non può non essere rispettato. Le leggi costituzionali, infatti, trovano il loro limite nel rispetto assoluto dei diritti inviolabili della persona.

La questione del diritto ad indossare o meno il velo islamico si inserisce appieno in questa cornice, perché ci impone lo sviluppo di alcune riflessioni su un diritto fondamentale dei cosiddetti nuovi cittadini, diritto la cui richiesta appare pressante con l'abbattimento delle frontiere e con l'arrivo dei flussi migratori da altri Continenti del Mondo.

Ci si deve domandare: in una società dove coesistono diverse identità religiose, culturali, linguistiche, etniche e razziali come si pone il divieto di indossare il velo islamico? Tale divieto collide con quei diritti umani fondamentali della Persona, che preesistono allo sviluppo dello Stato democratico?

A mio parere sì. Cercherò di dimostrarlo, mediante l'analisi di alcuni casi, che si sono posti all'attenzione dei Giudici italiani. Per meglio analizzare questi casi, occorre sempre avere in mente le parole di un grande giurista, come Stefano Rodotà, il quale ha affermato: "si può essere uguali e diversi al medesimo tempo". Solo se si coltiva una simile impostazione giuridica, la Democrazia troverà linfa vitale per svilupparsi e per sopravvivere agli attacchi, che vengono mossi da più parti.

I Giudici italiani si sono dovuti interrogare a fondo sulla questione, perché alcuni casi concreti sono stati portati alla loro attenzione. Nel paragrafo che segue analizzerò alcune pronunce, significative, in cui la questione è stata risolta in modo discordante, a seconda dell'Autorità giudiziaria che ha deciso il caso.

Ciò dimostra che la questione è ancora molto aperta e che non tutti i Giuristi/le Giuriste hanno quella sensibilità e quella formazione importantissima e necessaria, per risolvere problematiche connesse al diritto antidiscriminatorio.

Analisi della casistica giurisprudenziale italiana

Il primo caso di cui desidero riferire è stato deciso dal Tribunale di Torino, sezione I Civile, in data 14.04.2014, Giudice Dott. Rizzi.

Il caso riguardava specificamente il divieto dell'uso del costume da bagno "islamico", il cosiddetto "burkini", imposto dal Comune di Varallo (Vercelli) sul territorio comunale. Con ordinanza n. 99/09, il Comune aveva imposto il divieto, con previsione di relativa sanzione amministrativa in caso di violazione, di indossare il costume da bagno islamico "nelle strutture finalizzate alla balneazione" nel territorio comunale, nonché il divieto "di abbigliamento che potesse impedire o rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, quale a titolo esemplificativo caschi motociclistici, al di fuori di quanto previsto dal codice della strada e qualunque altro copricapo che nasconde integralmente il volto". Tale ordinanza era stata accompagnata dall'installazione, ad ogni entrata del paese, di cartelli di grandi dimensioni (di tre metri circa) riportanti la prescrizione "su tutte le aree pubbliche è vietato l'uso di *burqa*, *burkini* e *hijab*, vietata l'attività a vù cumprà e mendicanti". Tale scritta era stata inserita all'interno di un

simbolo indicante il divieto di sosta e corredata, nella parte sinistra del cartello, da due immagini femminili abbigliate con lo *hijab* ed il *burqa* e da un'immagine maschile, tutte con sovrainpresse due linee incrociate e l'epigrafe "NO Hijab, No Burqa" e "No Vù cumprà" e, sulla parte destra del cartello da un'immagine femminile con il velo islamico e l'epigrafe "SI' velo".

Secondo il Giudice Rizzi tale ordinanza comunale **"discrimina l'utilizzo di un costume da bagno, sostanzialmente corrispondente, tranne che per il materiale di fabbricazione, ad una muta da subacqueo, certamente mai vietata nelle strutture finalizzate alla balneazione, adottato espressamente da alcune credenti di religione islamica"**.

I cartelli originari oggetto del ricorso introduttivo ex art. 702 bis c.p.c. , così come descritti poco sopra, sono certamente e fortemente discriminatori, perché **"il divieto che dal cartello promanava veniva radicato tramite focalizzazione del messaggio (tra l'altro, dai forti contenuti anche nelle immagini figurative) soprattutto sulle minoranze femminili ed islamiche"**.

Ultimo aspetto, ma non meno importante, è che **"il divieto è reso ancora più tagliente dall'utilizzo improprio del simbolo del divieto di sosta, riferito a tutte le condotte vietate, che l'art. 185 del Codice della Strada prevede per i veicoli e non per gli esseri umani"**.

Alla luce di ciò, questo Giudice, con sensibilità illuminata, ha ravvisato la sussistenza di una grave forma di discriminazione nel comportamento sopra descritto, con particolare riferimento alle donne di religione islamica, pur dovendo dichiarare cessata la materia del contendere, perché, nelle more del giudizio, tali cartelli erano stati rimossi.

Il Comune di Varallo è stato, tuttavia, ritenuto soccombente virtuale e le spese di giudizio sono state compensate.

Un altro caso altrettanto significativo riguardava nuovamente il Comune di Varallo e la cosiddetta "battaglia dei cartelli", sotto la gestione dapprima come Sindaco e poi come "Pro-sindaco" dell'Onorevole Buonanno.

Per quasi cinque anni erano stati affissi all'ingresso della città di Varallo degli enormi cartelli, che vietavano l'accesso ai Vù cumprà ed a donne con il viso velato, come si è visto poco sopra.

A seguito di un'azione giudiziaria, promossa da ASGI, Associazione degli Studi Giuridici sull'Immigrazione e da quattro cittadini italiani, i quali si erano sentiti offesi da codesti cartelli ed i quali avevano legami con il territorio di Varallo, i cartelli erano stati rimossi, ma la domanda dei cittadini era stata respinta.

Costoro, infatti, erano stati ritenuti dal Giudice carenti di legittimazione ed interesse ad agire, perché non residenti nel Comune di Varallo, benché nativi del posto e collegati alla città da profondi legami, ma prima ancora perché non appartenenti al gruppo discriminato, ovvero agli stranieri, ai vù cumprà ed ai Musulmani.

Con questo ragionamento, e pur nell'applicazione del quadro normativo ora vigente, il Giudice non ha potuto considerare la sussistenza di una forma di discriminazione indiretta, che pur sussisteva nel caso di specie, come discriminazione che ha colpito indirettamente i cittadini che hanno adito il Giudice perché

lesi da questo comportamento degli Amministratori pubblici. Tali cittadini hanno agito con varie azioni, giudiziarie e non, a tutela del principio costituzionale di parità di opportunità per tutti/e.

Come si vede dall'analisi più profonda del caso, i formalismi del processo civile italiano non sempre sono rispettosi di una tutela pregnante della discriminazione. Per detta tutela, infatti, sarebbero necessari strumenti processuali più snelli e leggeri, meno formali, davvero attenti al quadro fattuale ricostruito, più che al quadro processuale.

A far tempo dal 23.04.2014, dopo la dichiarazione della cessazione della materia del contendere e la decisione del Tribunale di Torino, era scattata la vendetta del Comune e gli allora Amministratori, che avevano tappezzato la città di manifesti, ove Sindaco e Pro-Sindaco con espressione strafottente accusavano i quattro cittadini, indicati per nome e per cognome, di "essere suonatori suonati" e di aver tolto alla collettività denaro, che poteva essere utilizzato per "aiuti sociali alle persone in difficoltà".

I cartelli precisavano altresì che il ricorso presentato dai quattro comunistoidi contro i cartelli situati agli ingressi della città di Varallo è costato alla collettività circa 3000 Euro di spese legali. Il quattro suonatori sono stati suonati, perché il Giudice ha dichiarato inammissibile il ricorso dando a loro torto su tutta la linea!

I privati avevano perciò nuovamente agito contro tale comportamento sulla base della rispettiva competenza territoriale, ovvero due cittadini di fronte al Tribunale di Vercelli e due di fronte al Tribunale di Milano.

Si erano così aperte due nuove vertenze, decise in modo diametralmente opposto.

Il caso analizzato dal Tribunale di Vercelli concerneva la domanda proposta da Pantè Maria Rosa e Ghelma Edoardo, i quali avevano proposto ricorso ex art. 28, d.lgs. 150/2011, chiedendo l'accertamento del carattere discriminatorio e/o ritorsivo della condotta tenuta dagli Amministratori del Comune, convenuti.

Il Tribunale di Vercelli, sezione I Civile, ordinanza del 04.12.2014, Giudice Dott. Fiengo, con una lunga e corposamente motivata decisione, unica per l'ampiezza degli argomenti affrontati, aveva accolto la domanda, riconoscendo la sussistenza di un comportamento ritorsivo, condannando il Comune e l'allora Sindaco e Pro-Sindaco a pubblicare la decisione sul Corriere della Valsesia (ove era stato anche pubblicato il manifesto incriminato), nonché sui siti-web del Comune e del Pro-Sindaco, oltre al risarcimento del danno per una somma pari a Euro 6.000,00 per un ricorrente ed Euro 5.500,00 per l'altro cittadino.

Veniva riconosciuta una somma lievemente maggiore alla Signora Pantè, perché detti cartelli erano stati affissi nelle immediate vicinanze della scuola, dove la Pantè prestava la sua attività lavorativa come insegnante. Alla luce di ciò, il Giudice riteneva di doverle accordare una somma di poco superiore rispetto a quella dell'altro ricorrente, perché tali cartelli avevano recato offesa alla Pantè anche nel momento in cui ella prestava la sua attività lavorativa.

L'Estensore della pronuncia ha evidenziato che **"ai fini della legittimazione attiva contro un atto ritorsivo e della conseguente applicabilità dell'art. 4 bis d.lgs. 215/03 non è necessario che l'attore sia stato a sua volta vittima, in precedenza, di una discriminazione, essendo sufficiente**

che abbia svolto un'attività diretta ad ottenere la parità di trattamento". In tali casi la vittima della ritorsione ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, maggiorato ai sensi dell'art. 28, comma 6, d. lgs. 150/11.

Secondo il Giudice trattasi di atto ritorsivo, perché "pone i ricorrenti, dileggiati, da una simile campagna pubblicitaria (erano stati affissi più di cinquanta manifesti), in una situazione di svantaggio rispetto a quanti non hanno promosso azioni a tutela della parità di trattamento, sia sotto il profilo delle molestie ex art. 2 direttiva 2000/43 e 215/03, trattandosi comunque di comportamento indesiderato avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona e di creare un comportamento intimidatorio, ostile degradante, umiliante e offensivo".

I convenuti, ovvero Botta Eraldo e Buonanno Gianluca, hanno evidenziato trattarsi di "scontro meramente politico", ribadendo che i ricorrenti non erano stati vittime di alcuna forma di discriminazione diretta.

I convenuti avevano soltanto esercitato una forma di critica politica, del tutto legittima in occasione delle elezioni e di confronti tra opposti schieramenti politici. I manifesti erano stati redatti e pagati dall'Onorevole Buonanno unitamente al Botta, che li avevano utilizzati come mezzo per esprimere opinioni personali.

I ricorrenti hanno posto a fondamento della propria domanda l'art. 4 bis d.lgs. 215/03, che, rubricato "Protezione delle vittime", così dispone: "La tutela giurisdizionale di cui all'art. 4 si applica altresì nei casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

La norma in esame, pertanto, delinea un illecito doloso, caratterizzato da particolare ampiezza con riferimento tanto alla condotta descritta "comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli", quanto alle possibili vittime di ritorsione ed, infine, alle condotte costituenti la causa della reazione, "qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

L'ampiezza della previsione normativa si giustifica in considerazione della rilevanza massima che il contrasto alle discriminazioni assume nel vigente ordinamento.

Pur non essendo questa la sede per esaminare *funditer* la questione, deve qui rilevarsi come il diritto antidiscriminatorio sia saldamente ancorato agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Il rilievo della dignità umana, tuttavia, non si esaurisce in una dimensione meramente nazionale. La natura indivisibile ed universale di tale valore, sottolineata nel Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, è infatti alla base della scelta di dedicare proprio alla dignità umana, che "inviolabile", "deve essere rispettata e tutelata", il primo articolo della Carta di Nizza-Strasburgo, che, secondo autorevole dottrina, conferma l'inseparabilità della persona dalla dignità, che con specifico riferimento al caso concreto, trova ulteriore conferma negli articoli 10, 21 e 22 della stessa Carta. In proposito vale altresì la pena di segnalare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è direttamente applicabile nel procedimento in esame, perché involge questioni relative "all'attuazione del diritto

dell'Unione" (art. 51.1 della Carta) con riferimento, in particolare, all'art. 3, paragrafo 3 T.U.E. ed alla direttiva 2000/43 CE.

Pur volendo tralasciare le numerose dichiarazioni delle Nazioni Unite tese a contrastare i fenomeni discriminatori, non può non rilevarsi che la dignità umana, sempre con riferimento ai profili in concreto rilevanti per la soluzione di questo caso, riceve espressa tutela anche dall'art. 9 CEDU.

Secondo il Giudice estensore, poi, l'espressione adoperata dall'art. 4 bis del decreto legislativo 215/03 "qualunque altra persona" deve essere inteso in senso ampio. La legittimazione ad agire spetta, pertanto, a qualunque persona sia stata vittima di una ritorsione per aver assunto iniziative a tutela del principio di parità di trattamento. L'unico requisito richiesto è dunque che il soggetto abbia assunto tali iniziative, senza necessariamente appartenere ai gruppi discriminati.

Tale ragionamento trova fondamento anche nell'art. 9 della Direttiva 2000/43 CE, in cui si legge che "gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione ad un reclamo o ad un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento", che appresta tutela alle persone pregiudicate da una reazione ad un'iniziativa tesa ad assicurare il rispetto di tale principio.

La rubrica stessa della norma, Protezione delle vittime, declinata al plurale, lascia intendere chiaramente che il termine *vittime* deve essere inteso come termine di ampia portata, perché volto ad apprestare tutela specifica alle persone, pur non vittime di discriminazioni in senso diretto, ma vittime di ritorsioni a fronte di condotte tese ad assicurare la parità di trattamento. Il Legislatore ha, dunque, optato per una forma di tutela ampia, specifica, orientata alla protezione di chi agisce a tutela della parità di trattamento per tutti/e e della non discriminazione.

I ricorrenti, evidenzia il Giudice, avevano promosso un'interpellanza parlamentare, avevano avanzato una richiesta di intervento dell'UNAR ed avevano persino provveduto ad una raccolta di firme poi consegnate al Prefetto. Tali iniziative concrete lasciano intendere che la lesione della loro dignità personale si è concretizzata appieno, nel momento in cui gli Amministratori comunali hanno agito in modo vendicativo nei loro confronti e contro le loro azioni a difesa della parità di trattamento.

Con una spiccata sensibilità per il rispetto dell'uso di un linguaggio corretto e rispettoso della dignità umana, il Giudice ha altresì sottolineato che il termine "comunistoide" usato dai convenuti nei loro manifesti non può di per sé considerarsi offensivo, perché il suffisso "oide" vale ad indicare la somiglianza di forme, di aspetto o comunque di relazione, analogia, affinità con la cosa indicata dalla parola a cui viene aggiunto.

In giudizio, peraltro, non era emersa l'effettiva appartenenza dei ricorrenti ad un determinato gruppo/partito politico.

Offensivo appare invece l'impiego del sostantivo "suonatori", che vale "ad indicare un fanfarone, un picchiatello".

Il massimo pregiudizio, poi, è stato ravvisato nell'indicazione dei ricorrenti quali causa della spesa da parte della collettività di circa 3000 euro. La falsità dell'affermazione è in *re ipsa*, dal momento che i ricorrenti sono stati indicati come rei di aver assunto un'iniziativa a tutela della dignità umana e

falsamente additati come la causa di un inutile dispendio di denaro pubblico, nonché persino come diretta causa di un mancato impiego di risorse economiche in favore di persone in difficoltà.

Secondo il Giudice non si è trattato di critica politica, dal momento che gli odierni ricorrenti non sono amministratori pubblici né erano candidati alle elezioni, pur imminenti.

La critica politica consente l'impiego di toni aspri e di disapprovazione, più pungenti ed incisivi rispetto a quelli adoperati tra privati cittadini, ma **“presuppone pur sempre il rispetto del limite della continenza che deve ritenersi superato ogni qual volta chi si avvale di tale diritto, trascenda nell'attacco personale o nella pura contumelia (Cass. Civile, 23576/13; Cass. Civile, 4325/10; Cass. Penale 41767/09)”**.

La critica deve in sostanza esprimere un dissenso motivato e valutazioni pur sempre corrette, misurate e non lesive dell'altrui dignità.

I manifesti oggetto di causa non sono espressione di dissenso ragionato, ma esclusivo indice di attacco diretto e personale nei confronti dei ricorrenti. Il fatto di addebitare ai ricorrenti una sorta di spreco del denaro pubblico, riferendo in modo distorto e parziale il contenuto della pronuncia del Tribunale di Torino, è circostanza che annulla completamente l'esercizio del diritto di critica.

Per questo motivo, il Giudice, evidenziando la necessità di prevedere una forma di risarcimento dei danni effettiva, proporzionata e dissuasiva, ha ritenuto di accogliere la domanda dei ricorrenti, così come si è visto in apertura.

Tale pronuncia è stata oggetto di impugnazione. La Corte d'Appello di Torino, sezione quarta civile, Giudice Consigliere Relatore, Dott. Della Fina, ha riformato integralmente la sentenza vercellese.

Secondo la Corte, ritenendo che le espressioni rientrassero in un linguaggio politico ammissibile, l'intera vicenda avrebbe dovuto rimanere nell'ambito del solo scontro politico. Si è trattato di scontro, che si è aggravato in seguito alle elezioni.

L'appello è stato ritenuto fondato, perché **“la questione era oggetto di ampio dibattito pubblico e politico, ed è evidente che in Varallo tutti la conoscevano e ne conoscevano i protagonisti. Il fatto pertanto che il manifesto contro il quale si rivolgono le doglianze degli attuali ricorrenti riportasse i loro nomi appare del tutto irrilevante, posto che questi nomi in Varallo erano conosciuti da tutti, al pari dei nomi dei loro antagonisti, protagonisti di uno scontro politico, a livello locale”**.

Peraltro, secondo i Giudici della Corte, non è pensabile che uno scontro di natura politica avvenga senza individuare gli avversari. Le menzione dei nomi era, dunque, connotato necessario e normale di questo tipo di controversia.

Il termine “comunistoidi” ha il “noto significato di persone di sinistra, progressiste”, che rappresenta l'avversario non proprio come un comunista, ma come qualcuno appartenente a quell'area, senza farne parte appieno.

Circa la rappresentazione della spesa come loro responsabilità, **“non è altro che una rappresentazione parziale della realtà, tipica della contrapposizione politica”**, che spesso consta di **“interpretazioni parziali e strumentali della realtà, scriminate proprio per la loro finalità”**.

Tale attività è lecita e tutelata dall'art. 21 e dall'art. 49 della Costituzione.

Il Consigliere Relatore costruisce poi una lunga motivazione sul fatto che **“tale attività è lecita, e che non è concepibile, anche quando vengono in gioco i valori fondamentali della persona, che la esposizione delle contrapposte tesi incorra in una sanzione che sostanzialmente colpirebbe la libertà di espressione delle proprie tesi e convinzioni. Tale quadro, infatti, varrebbe a porre le due parti in una situazione di squilibrio, con una di esse che, portatrice di valori moralmente superiori, sarebbe libera di esprimersi, accusare in sostanza il comportamento dell'avversario come censurabile senza che detto avversario possa liberamente esprimere le proprie tesi, con evidente alterazione della par condicio delle parti”**.

La Corte pone in luce che la responsabilità oggettiva, individuata dal primo Giudice, non trova alcuna base normativa e fattuale.

Secondo questo Giudice, infatti, **“solo le vittime appartenenti a gruppi sociali discriminati possono fare riferimento all'art. 4 bis d. lgs. 215/03 come strumento di tutela. Non si può, dunque, individuare un “quavis de populo”che, non toccato dalla discriminazione quale appartenente al gruppo sociale discriminato, si attivi al di fuori dei criteri legali con un'iniziativa giudiziaria in relazione alla quale è privo di legittimazione, per divenire invece legittimato se il destinatario di quella iniziativa reagisce bollando appunto come infondata l'iniziativa stessa”**.

Tale pronuncia è ora sottoposta al riesame della Corte di Cassazione, perché è stata impugnata dagli appellati.

A giudizio della scrivente, si auspica un *révirement* da parte della Corte di legittimità. La Corte, infatti, con una motivazione contraddittoria e per certi aspetti apodittica, si è limitata ad argomentare sul concetto di critica politica, al di fuori del quadro fattuale della vertenza, senza per nulla analizzare il contenuto dell'art. 4 bis del D.lgs. 215/03, che prevede una tutela allargata, a favore di qualsiasi vittima di comportamenti ritorsivi, che abbi agito a difesa della parità di trattamento.

La tutela, infatti, spetta a chiunque, proprio a quel *“quavis de populo”* così denigrato dalla Corte.

Mi pare di poter affermare che il giudizio della Corte si sia esclusivamente focalizzato sull'esame dello scontro politico, senza un'analisi attenta del contenuto dei manifesti usati dagli Amministratori, nonché sulle azioni giudiziarie e non portate avanti dagli appellati, prima della loro azione giudiziale.

La tutela prevista anche dalle fonti comunitarie precedentemente citate e per nulla considerate dalla Corte d'Appello prevede un risarcimento per chiunque subisca uno svantaggio che sia causalmente connesso con qualsiasi attività svolta a tutela della parità di trattamento, anche se posta in essere da altri. Si tratta, in pratica, di una forma di protezione per chi subisce un comportamento ritorsivo per aver posto iniziative giudiziarie e non **“finalizzate a sostenere i diritti fondamentali della persona tutelati a livello primario e subprimario”**.

Tale affermazione è contenuta nella ben più illuminata ed illuminante pronuncia della Corte d'Appello di Milano, Sezione delle Persone, dei Minori e della Famiglia, Giudice Dott.ssa La Monica, emessa in data 23.02.2017.

La pronuncia trova origine nell'appello proposto contro la pronuncia del Tribunale di Milano, del 23.09.2014.

Il Tribunale di Milano, infatti, aveva respinto la domanda proposta da Valeria Rho e Guido Musati, entrambi ricorrenti, per le medesime ragioni esposte dai ricorrenti avanti al Tribunale di Vercelli. Il Giudice di prime cure, ragionando secondo la stessa linea della Corte d'Appello torinese, aveva evidenziato che il Musati e la Rho non "avevano subito discriminazione alcuna".

Per la Consigliera La Monica, l'appello è fondato e con una ricchissima e dotta pronuncia sono state sintetizzate le seguenti motivazioni.

Secondo la Corte d'Appello di Milano, ***"l'interpretazione della norma proposta dal primo Giudice non appare coerente proprio con le finalità della normativa e della direttiva europea"***.

La Direttiva 2000/43 CE, premesso al 20° considerando che "l'efficace attuazione del principio di parità richiede un'adeguata protezione giuridica in difesa delle vittime", ha posto a carico degli Stati membri e a "protezione delle vittime", l'obbligo "di proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione ad un reclamo o ad un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento".

Il Legislatore europeo intendeva, dunque, evitare che azioni giudiziarie e non, dirette ad affermare la parità di trattamento potessero essere scoraggiate dal timore di condotte ritorsive poste in essere dall'agente della discriminazione.

La norma di cui all'art. 9 dir. 2000/43 CE fa riferimento alla necessità di proteggere le vittime, ovvero "soggetti che pur non precedentemente discriminati, restino vittime di ritorsione per loro iniziative giudiziarie e non finalizzate a sostenere i diritti fondamentali della persona.

Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che ***"si è trattato di un complesso di attività (promozione dell'interpellanza parlamentare, richiesta di intervento all'UNAR, raccolta di firme consegnate al Prefetto), culminate nella promozione del ricorso all'Autorità giudiziaria. Le finalità di tali attività appaiono evidenti ed incontestabili"***.

Secondo la Consigliera La Monica, con un ragionamento attento e rispettoso della tutela della discriminazione di genere anche nell'uso del linguaggio, ***"non può non rilevarsi il contenuto letterale-grafico dei manifesti, connotato da dileggio e spregio nei confronti delle iniziative degli appellanti. L'espressione –I suonatori sono stati suonati- allude in modo spregiativo all'essere scornati, dopo essersi accinti ad un'azione non commendevole. La frase non può che essere letta in questa chiave, richiamando il vecchio detto popolare, riportato nei dizionari, che racconta di "pifferi di montagna che andarono per suonare e furono suonati"***.

Deve poi inevitabilmente considerarsi dispregiativa l'espressione "comunistoidi", con cui sono stati etichettati gli appellanti.

La Corte, ***"pur consapevole che la connotazione negativa nella parole costruite con il suffisso oide (dal greco oeidés, da eidos, forma), sia tema di studio tra linguisti, osserva come nel linguaggio comune quel suffisso assuma valore spregiativo, quasi a indicare che la somiglianza, della forma o dell'aspetto, rispetto a ciò che viene indicato con la parola a cui si aggiunge il***

suffisso, sia somiglianza ambigua, non autentica, così suggerendo una deformazione, inevitabilmente negativa/diminutiva rispetto al sostantivo richiamato”.

Si consideri, poi, che gli appellanti erano stati indicati con nome e cognome in grassetto nei manifesti affissi nella città di Varallo. Costoro poi erano anche stati falsamente indicati come “paladini dei diritti dei più deboli, ma nemici di questi”, avendo sperperato pubblico denaro sottraendo risorse pubbliche per possibili aiuti a categorie svataggiate.

La Corte accogliendo la domanda di risarcimento, proponendo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 C.C., ha ritenuto che **“l'entità del risarcimento deve tener conto della peculiarità dei diritti lesi, del fatto cioè che gli appellanti avevano esercitato diritti fondamentali a tutela di altrettanto fondamentali principi di eguaglianza, libertà di circolazione e tolleranze, e, segnatamente, a tutela della dignità delle persone discriminate”**. La Corte ha considerato, pertanto, giustificata l'esigenza di un risarcimento non meramente simbolico, nel rispetto di quanto previsto dalla Direttiva 2000/43, che dispone che le sanzioni debbano essere effettive, proporzionali e dissuasive”.

In assenza di parametri tabellari, la Corte, accogliendo l'appello proposto, ha accordato agli appellanti una somma a titolo di risarcimento pari ad Euro 5000,00 per ciascuno degli appellanti.

La Corte ha inoltre condannato gli appellati alla rifusione delle spese processuali per il primo e per il secondo grado di giudizio, ordinando la pubblicazione delle pronuncia sulla pagina *Facebook* dell'Onorevole Buonanno, sulla *home-page* del Comune di Varallo e sul *Corriere Valsesiano* per estratto.

Secondo la Corte milanese va dunque valorizzato il comportamento di chi, pur non essendo vittima diretta della discriminazione, subisce un comportamento ritorsivo per essersi attivato, nelle forme più svariate, sia giudiziarie che non, per la difesa di un fondamentale diritto della Persona, ovvero della dignità umana e del rispetto delle convinzioni personali e religiose dei soggetti appartenenti alle minoranze religiose, etniche o razziali.

Il contrasto tra la pronuncia della Corte d'Appello di Torino e quella della Corte d'Appello di Milano dimostra, in modo evidente, quanto sia ancora difficile la formazione di un consenso su alcuni principi base in materia di libertà di espressione, linguaggio politico, tutela dei gruppi minoritati protetti dal diritto antidiscriminatorio.

Basti pensare che ad una medesima espressione le due Corti hanno dato una valutazione diametralmente opposta. Per i Giudici d'Appello torinesi si è trattato di un mero scontro politico; per quelli milanesi di discriminazione posta in essere con comportamento ritorsivo.

Alla luce di questo mi pare necessaria una riflessione culturale e giuridica più profonda, onde stabilire principi condivisi circa la necessità che il diritto intervenga quando il linguaggio diventa strumento di discriminazione e non di comunicazione ed interazione tra gli individui.

Il caso in esame lascia aperto un ulteriore interrogativo: secondo quale parametro si deve applicare il principio della proporzione delle sanzioni nel caso di discriminazione indiretta? Contano di più i valori della Persona o le ragioni del mercato globale? Per meditare su tali interrogativi, può essere utile la lettura di un ulteriore caso.

In questa vicenda, rientrando nell'ambito del settore giuslavoristico, i Giudici hanno esaminato la violazione del diritto di indossare il velo nell'ambito di una selezione per posizione lavorativa come *hostess*.

La Corte d'Appello di Milano, Sezione Lavoro, Giudice estensore Dott. Casella, con pronuncia del 04.05.2016, ha accolto l'appello proposto da M.S., una ragazza nata in Italia, cittadina italiana, figlia di genitori egiziani (naturalizzati italiani), e, come i genitori, di religione musulmana.

La ragazza per motivi religiosi indossa ed indossava il velo o *hijab* (cioè il velo che copre i capelli, ma che lascia scoperto il volto).

Essendo iscritta alla *mailing list* promossa dalla società appellata, E.E. s.r.l., nel febbraio del 2013 la ricorrente aveva ricevuto una proposta di lavoro per mansioni di volantinaggio, da svolgersi in occasione della Fiera MICAM (Fiera della calzatura) di Rho, per la durata di due giorni lavorativi, il 3 ed il 4 marzo. Per tale prestazione era previsto un compenso di Euro 70,00 a giornata.

L'avviso conteneva il seguente testo: "Cerchiamo *hostess* per volantinaggio con piede 37, per fiera MICAM di Milano, che parli lingua inglese per soli due giorni". Mansioni: *hostess* volantinaggio con lingua inglese e piede 37. Requisiti: nella presenza, H. min. 165, taglia 40/42. Non accettiamo candidature parziali. Non rispondete se avete altri numeri di scarpe, non diamo rimborsi spese".

Avendo rilevato di possedere i quattro requisiti richiesti, ovvero lingua inglese, altezza almeno 1,65 m, taglia 40, 37 di piede, l'appellante ha presentato la propria candidatura con mail del 13.02.2013, allegando la propria fotografia.

Con mail dello stesso giorno, la società, in persona della responsabile eventi signora J D F, ha risposto: "ciao, mi piacerebbe farti lavorare perché sei molto carina, ma sei disponibile a togliere lo *chador*? Grazie".

L'appellante ha risposto con *mail* del medesimo giorno come segue: "Ciao J, porto il velo per motivi religiosi e non sono disposta a toglierlo. Eventualmente, potrei abbinarlo alla divisa".

Qualche minuto dopo, la società rispondeva: Ciao, immaginavo. Purtroppo i clienti non saranno mai così flessibili. Grazie comunque". A tale mail l'appellante replicava: " Dovendo fare semplicemente volantinaggio, non riesco a capire in cosa devono essere flessibili i clienti", senza però ottenere ulteriore risposta.

L'appellante non ha dunque potuto essere candidata per la selezione né svolgere l'attività lavorativa in questione.

La società si è difesa assumendo di aver agito sulla base di un incarico ricevuto da A S.r.l. Agenzia Pubblicitaria, che tra i requisiti di assunzione richiedeva anche "capelli lunghi, sciolti e vaporosi".

Ad avviso del Giudice di primo grado, "***la condotta della Società non costituirebbe discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2 d. lgs. 216/2003 in assenza di una volontà della società di discriminare la ricorrente "in quanto appartenente all'Islam", né tale condotta può essere definita come "indirettamente antidiscriminatoria in quanto l'esclusione della ricorrente dalla selezione non può dirsi ingiustificata ma trova legittima richiesta del selezionatore di presentare al cliente***

candidate aventi caratteristiche di immagine non compatibili con la richiesta di indossare un copricapo, qualunque fosse”.

Secondo la Corte, vi è, invece, un evidente carattere discriminatorio oggettivo.

In tale materia, infatti, “l’indagine giudiziaria è diretta ad accertare la tipologia di atto posto in essere e l’effetto che esso produce, restando del tutto estraneo al sindacato del Giudice lo stato psicologico, dolo, colpa o buona fede, dell’autore dell’atto discriminatorio. Una condotta infatti è discriminatoria, se determina, in concreto, una disparità di trattamento fondata sul fattore tutelato a prescindere dall’elemento soggettivo dell’agente”.

Il Collegio, pertanto, ha ritenuto che la mancata ammissione della ricorrente alle selezioni per il lavoro in questione abbia determinato ***“un’esclusione o restrizione”, ai sensi dell’art. 43 T.U. sull’immigrazione, menomando la sua libertà contrattuale e restringendo la possibilità di accedere ad un’occupazione”.***

Il Giudice evidenzia che lo hijab ha una connotazione religiosa ed appartiene alla pratica consigliata dal Corano, secondo cui le donne sono invitate ad indossare tale velo per farsi riconoscere come appartenenti alla comunità islamica”.

Muovendo da questi rilievi, si è giunti alla conclusione che la condotta posta in essere dalla Società appellata sia stata discriminatoria.

Secondo il Relatore si è trattato di discriminazione diretta per motivi religiosi.

L’art. 4 della Direttiva 78/2000 sui requisiti per lo svolgimento dell’attività lavorativa, attribuisce agli Stati la possibilità di stabilire una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all’art. 1. Tale differenza deve essere fondata su una finalità legittima ed il requisito deve essere proporzionato.

Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell’ambito del rapporto di lavoro o dell’esercizio dell’attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell’art. 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all’*handicap*, all’età, o all’orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima.

Si tratta cioè di accertare se la condotta della Società appellata possa rientrare nella sfera di applicabilità delle cosiddette cause di giustificazione.

A giudizio della Corte, l’obbligazione assunta dalla Società non era quella di stipulare un contratto di lavoro, retribuendo la prestazione, ma quella di offrire al cliente A. S.r.l. una “preselezione”, lasciando in capo a quest’ultimo la scelta finale delle hostess da utilizzare.

I requisiti previsti riguardavano pertanto la mera partecipazione alla selezione.

In alcun documento negli atti di causa è emersa come causa di giustificazione che il capo scoperto (ed il correlativo divieto di indossare il velo) sia stato qualificato come “requisito essenziale determinante per la prestazione stessa”.

I requisiti relativi a “capelli lunghi, sciolti, vaporosi” erano meri requisiti ulteriori, ovvero elementi secondari.

Alla luce di queste argomentazioni, la Corte milanese ha dunque ritenuto fondato l'appello proposto da M.S., evidenziando che **“la condotta tenuta dalla società ha arrecato un pregiudizio non patrimoniale alla signora M.S. in termini di lesioni di un diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso al lavoro nonostante il credo religioso. Le lesione è stata significativa, attesa la violazione di un diritto primario, che incide in modo rilevante sull'identità personale e sui modi di esplicazione di tale personalità”**.

La Corte ha accolto la domanda, perché **“le modalità con le quali l'appellante è stata esclusa dalla selezione preassuntiva a seguito del suo rifiuto di togliersi lo hijab ha certamente inciso in modo negativo sulla sfera personale/esistenziale dell'appellante”**. Il risarcimento è stato riconosciuto come risarcimento di un danno non patrimoniale per la somma di Euro 500,00. Le spese processuali sono state compensate.

Questa vicenda ci permette di svolgere un'ulteriore riflessione sul ruolo dell'Avvocato/a oggi. Se ne tratterà nel paragrafo, che segue.

Il ruolo dell'avvocato/a come mediatore/trice culturale.

L'Avvocato/a ha oggi un ben preciso ruolo sociale, una sorta di responsabilità sociale, che deve essere esercitata nel quadro delle regole deontologiche ed etiche previste dal Codice deontologico italiano ed europeo.

Come tale è fondamentale la sua capacità di mediatore/trice culturale, di facilitatore/trice e di ascolto. In un contesto dove la mobilità e le migrazioni sono ormai una costante positiva, la tutela dei diritti umani deve diventare la stella polare per la sua attività professionale. La sfida dell'implementazione della cultura dei diritti umani, per usare un'espressione di Bobbio, diventa cruciale.

Ovviamente in questo quadro la multidisciplinarietà, la complessità ed una corretta ed adeguata formazione per la gestione di tali controversie diventano altrettanto cruciali.

L'Avvocato/a, *Advocatus/a* nell'etimologia del termine è colui /colei che sostiene, il/la referente primario/a. Per questo l'avvocato/a è chiamato/a a far capire a questi nuovi soggetti, suoi assistiti, l'importanza della tutela dei propri diritti. Si tratta di trasmettere una consapevolezza dei Diritti fondamentali, in un contesto, dove, come si è visto, non sempre viene garantita l'effettività della protezione.

Talora, i/le Giudici, non sempre così attentamente formati rispetto alle nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio, ancora poco studiato e conosciuto sia nella Scuole per la Magistratura che in quelle per l'Avvocatura, analizzando quanto l'Avvocato/a porta alla loro attenzione, rimangono sordi/e alla richiesta di tutela, rimanendo avvinghiati/e ad interpretazioni parziali, correlate a meccanismi processuali obsoleti, senza penetrare nelle più sottili pieghe del caso.

Si tratta di costruire una nuova cultura antidiscriminatoria comune tanto ai Magistrati/e quanto agli/alle Avvocati/e, in cui l'Avvocato/a descrive il caso nei suoi particolari, evidenziando gli aspetti discriminatori ed il/la Giudice da parte sua, attraverso metodi interpretativi più corretti e rispettosi della normativa

comunitaria ed internazionale, direttamente applicabile ai casi domestici, colga l'aspetto discriminatorio della condotta posta in essere, accordando sanzioni effettive ed efficaci all'agente della discriminazione. Il rispetto dei valori fondamentali per tutti deve diventare valore condiviso, in un mondo in cui, per dirla con Mounir Charfi, ne "Il Bacio di Lampedusa", *l'Universo è la Nazione dell'Uomo e le frontiere sono solo il residuo di una concezione coloniale destinata a scomparire*".

Tutti gli/le operatori/trici del diritto devono saper cogliere questa sfida, approntando i dovuti meccanismi di tutela contro ogni forma di discriminazione, onde evitare che l'Uomo si sposti come le merci e, che, come tale, venga considerato.

12.1.3 Il Difensore civico del Piemonte garante del principio di non discriminazione (di Emanuela Borzi)

Premessa breve sul dato normativo che riguarda la legge regionale n. 5 del 2016 che ha esteso le competenze del Difensore Civico in materia di antidiscriminazione.

Secondo l'art. 14 il Difensore civico della Regione, in qualità di Autorità di garanzia della legalità, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, interviene a tutela dei diritti dei cittadini accogliendo e valutando segnalazioni di persone fisiche, di organizzazioni iscritte al Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni, del Centro e della Rete regionale contro le discriminazioni in Piemonte.

Nello svolgimento di tali funzioni, il Difensore civico esercita "altresì", così recita la norma, il che significa che oltre alle competenze già attribuite dallo Statuto e dalla legge regionale del 1981, la competenza di rilevare, autonomamente o sulla base delle segnalazioni ricevute, la presenza di disposizioni di legge o di regolamento in contrasto con i principi sanciti dalla legge regionale, nonché comportamenti o prassi discriminatorie.

Quindi il Difensore civico interviene per prevenire la discriminazione, ovvero esercitare una pubblica funzione di prevenzione perché la finalità non è quella di proteggere la vittima, in altre parole la sua sfera individuale, ma garantire l'interesse generale alla buona amministrazione, che significa *in primis* evitare che quel comportamento o quella prassi discriminatoria possano ledere anche altre persone.

Tali caratteri tratteggiano un aspetto peculiare, relativo alla natura stessa dell'istituto della Difesa civica da cui evidentemente il legislatore regionale è partito per disegnare le competenze del Difensore civico in materia di antidiscriminazione e che il legislatore regionale ha inteso addirittura rafforzare attribuendo il potere di rilevare, autonomamente o sulla base delle segnalazioni ricevute, la presenza di disposizioni di legge o di regolamento in contrasto con i principi sanciti dalla legge 5/2016.

Cosa significa “*garantire l’interesse pubblico alla buona amministrazione*” – che l’art. 97 della Costituzione individua principalmente nel principio di legalità, imparzialità e buon andamento- nell’ambito della libertà religiosa.

Si tratta cioè di cercare di capire come potrebbe essere “buona” l’amministrazione di fronte all’istanza di esposizione di un simbolo religioso, tra cui indossare il velo, in luoghi diversi dal proprio privato.

Buona amministrazione significa innanzitutto attivare interventi per evitare che la P.a. ponga o permetta di porre in essere prassi e/o comportamenti discriminatori, ma soprattutto “lavorare” per il principio di parità di trattamento: ovvero per l’osservanza delle regole oggettive che vincolano la produzione normativa e l’attività delle Amministrazioni in funzione di tale principio.

Regole che attengono al divieto di discriminazione + principio di parità di trattamento, ovvero al principio di non discriminazione, in qualche misura autonomo rispetto principio generale di uguaglianza formale di tutti i cittadini di fronte alla legge, regole che hanno quindi il ruolo di strumento per la tutela di soggetti deboli e potenzialmente discriminabili.

Un soggetto è debole quando non può usufruire al pari degli altri di un determinato patrimonio di diritti tra cui rientra, a pieno titolo, il diritto a professare la propria fede religiosa.

Attualmente, le nuove realtà etniche e religiose- in verità, nuove per noi che le osserviamo- hanno avanzato istanze non solo rispetto alla pratica del culto, ma anche ad altre espressioni culturali, comunitarie e di costume familiare e sociale.

E, come è stato osservato dal professor Sicardi, l’attuazione del principio di laicità rispetto a culture e religioni non occidentali presenta caratteri ambivalenti perché da un lato spesso le richieste consistono nell’essere trattati al pari di tutti gli altri consociati e quindi a non essere discriminati per ragioni relative alla fede religiosa e si tratta di richieste che possono inquadrarsi in un concetto di laicità all’Occidentale, dall’altra parte invece sono volte ad ottenere garanzia per la comunità, in cui la sfera culturale si unisce quella religiosa fenomeno estraneo alla nostra cultura che, invece distingue la sfera religiosa da quella secolare.

Gli appartenenti a queste comunità chiedono quindi di essere trattati diversamente perché gli usi e i costumi che praticano sono espressione di un diritto religioso e quindi chiedono sia garantito loro il diritto all’esibizione dei simboli religiosi e quindi ad indossare il velo anche in luoghi pubblici e, magari, di essere sollevati da obblighi che valgono per gli altri membri della comunità.

In alcuni casi, però- e questo aspetto non va sottovalutato- il riconoscimento di tali garanzie può scontrarsi con i nostri principi anche costituzionali: pensiamo alla condizione sociale della donna, nella famiglia e nella società e a alle richieste di mantenimento della sua subordinazione all’uomo secondo le regole della collettività di provenienza.

E allora, a maggior ragione non possiamo lasciarci andare a soluzioni affrettate, o troppo legate al formalismo dei precedenti giurisprudenziali, siano esse positive o negative, per rispondere alla domanda “Dobbiamo essere tutti uguali?”, o meglio porci la domanda che Stefano Rodotà aveva formulato alla fine degli anni Novanta “Si può essere uguali e diversi?”.

La nostra riflessione deve quindi provare a considerare l'aspetto religioso accanto a quello culturale e a quello linguistico in un'ottica antropologica per evitare di parcellizzare i diritti distinguendo quelli che rientrano nella pratica religiosa da quelli culturali o linguistici.

In questo modo si riesce ad osservare come l'esibizione di simboli religiosi e l'indossare il velo in una dimensione complessiva capace di cogliere il legame profondamente identitario per la persona che lo indossa e definire di conseguenza l'eventuale comportamento o prassi discriminatori.

In questo la sentenza del Tribunale di Torino, poc'anzi citata, che evidenzia come l'atto discriminatorio si sviluppi nell'aver posto su un segnale “automobilistico” l'immagine di una donna con il burka e con il Burkini costituisce, per così dire, un segno nell'affermazione della dimensione identitaria del simbolo religioso.

Quindi non si tratta di stabilire dei limiti o dei confini, per restare nel tema del Salone, alla libertà religiosa e chiederci se essa possa ricomprendere una facoltà piuttosto di un'altra, quanto piuttosto riconoscere, per usare le parole del Prof. Colaianni, il diritto delle persone a sviluppare diverse identità religiose, linguistiche e culturali e utilizzare tale parametro per risolvere gli eventuali conflitti.

Se quindi ragioniamo nei termini di esercizio di un diritto all'identità non possiamo limitarci a pensare in termini di prescrizioni e divieti, bensì dovremmo preferire un approccio “selettivo”, che cerchi di capire, quando si prospetta una situazione di potenziale conflitto, se in quella determinata situazione la persona possa o meno essere sollevata da obblighi imposti, per ragioni che attengono alla sua identità religioso-culturale-linguistica.

Evitare quindi di cadere in conclusioni semplificatorie per cui “è una regola che vale per tutti” in cui la volontà di rendere uguali può, invece, creare disuguaglianze.

Spesso, però, il dibattito pubblico sulle nuove realtà religiose ha privilegiato, per ragioni che non è qui il caso di affrontare, il tema emotivo della paura e del timore, anziché quello afferente alle basi culturali della laicità in questo modo impegnando, in misura prevalente, le Amministrazioni sul terreno della sicurezza pubblica introducendo limiti alla libertà religiosa derivanti da ragioni di ordine pubblico e sicurezza. Limiti che, peraltro, la nostra Costituzione non contempla in modo esplicito, poiché l'unico limite espresso nella nostra costituzione è quello del buon costume contenuto nell'art. 19 della Costituzione.

D'altro canto, la sicurezza e l'ordine pubblico sono necessariamente agganciati con la necessità di proteggere altri interessi costituzionalmente protetti quali la vita, l'incolumità e, di conseguenza una valutazione in concreto, ovvero relativa allo svolgimento delle situazioni di fatto, deve essere effettuata.

E allora, per essere concreti, confrontiamoci con un caso che ha interessato la Regione Lombardia del febbraio 2015 e, in particolare una deliberazione assunta nell'intento di "rafforzare le misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti facenti parte del sistema regionale (quindi anche le Aziende sanitarie per intenderci) ha disposto il divieto di uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona"

Gli atti attuativi che ne sono seguiti sono consistiti nell'affissione di cartelli che riportano la scritta "per ragioni di sicurezza é vietato l'ingresso con volto coperto" accompagnati da tre immagini con persone con casco, passamontagna e burqua, ciascun barrato da una croce

L'analisi della "concretezza" nel percorso motivazionale della Giunta della Lombardia ha seguito i seguenti passaggi:

1. gravi episodi di terrorismo di Parigi di novembre 2016
2. gravi episodi di terrorismo di Parigi di novembre 2016
3. tutte le strutture pubbliche regionali sono un possibile bersaglio
4. un'interrogazione consiliare presentata da alcuni cittadini ha messo l'accento sull'esigenza di assicurare la massima efficacia ai controlli;
5. la tradizione e i costumi religiosi non possono rappresentare giustificati motivi di eccezione al divieto imposto dall'art. 5 della L. 252/1975 secondo cui "E' vietato comparire mascherato in pubblico; é vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo"

La deliberazione é stata impugnata.

E il Tribunale di Milano allora cosa ha deciso?

Ha ritenuto che la Deliberazione e gli atti attuativi fossero in linea con quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo che dispone, secondo il Tribunale di Milano, il sacrificio della libertà religiosa per ragioni relative alla pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, valutando in concreto le misure proporzionali e ragionevoli perché impiegate "solo per il tempo di permanenza della persona in detti spazi" quindi, permettetemi l'osservazione, ben oltre i tempi necessari per l'identificazione utile a garantire la sicurezza. Ma questo vuole essere solo uno spunto critico per tenere vivo il dibattito che auspichiamo seguirà.

Quali possono essere sotto il profilo della buona amministrazione le conseguenze di un confronto condizionato dalla tematica della sicurezza pubblica?

Disallineare le amministrazioni con quanto affermato dalla stessa Corte Costituzionale che ha tradotto i termini laicità come equidistanza e imparzialità, indicando l'atteggiamento di chi non prende le parti né dell'uno né dell'altro non nel senso dell'indifferenza, bensì di garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale. La Corte ha interpretato la laicità positivamente come pari attenzione alle espressioni culturali e religiose in funzione degli art. 2 e 3 della Costituzione, ovvero del principio di uguaglianza sostanziale di rimozione degli ostacoli anche di fatto all'esercizio di diritti.

SEZIONE SESTA

**13. LA DIFESA CIVICA IN EUROPA
RAPPORTI CON IL MEDIATORE EUROPEO**

13.1 La partecipazione dell'Ufficio del Difensore civico alla Conferenza annuale dei Difensori civici (Bruxelles giugno 2017)

La Conferenza annuale della Rete dei Difensori civici organizzata dall'Ombudsman dell'Unione europea ha esaminato quest'anno la ricaduta della Brexit e della crescita dei populismi sui diritti dei cittadini. All'incontro, in sostituzione del Difensore civico, ha partecipato il dr. Mario Ancilli che ha prodotto la seguente sintesi dei lavori.

13.1.1 Cento Difensori civici al servizio dei cittadini europei

Populismi, Brexit e open government i temi principali affrontati dalla Mediatrice europea Emily O'Reilly con esperti e giornalisti nella Conferenza annuale degli Ombudsman

“Il ruolo del Difensore civico è quello di dare sostegno adeguato alle persone che si rivolgono a lui, in modo che possano agire in condizioni di parità nei confronti di quei poteri che modellano o cercano di modellare le loro vite” ha affermato la Mediatrice europea, Emily O'Reilly, aprendo i lavori della Conferenza annuale dei Difensori civici che si è svolta il 19 giugno presso il Concert Noble di Bruxelles.



Il populismo ha avuto nel 2016 il suo anno di riferimento. La Brexit ma soprattutto l'elezione di Trump avevano fatto presagire un effetto domino in molte parti d'Europa, ma così non è stato” Ha proseguito O'Reilly introducendo il primo argomento della giornata, quello sui timori di derive populiste. “E' giunto il tempo per tutti noi di affrontare il cosiddetto populismo con un approfondimento diretto a ciò che questo disordine riguarda, ovvero la facoltà delle persone di vivere un'esistenza felice e di trasmettere questa facoltà ai loro figli. La discussione dovrebbe incentrarsi su quale sia il sistema più adeguato per assicurare tale facoltà (...)”

Ma come possono fare concretamente i Difensori civici per frenare le iniziative estremiste contrarie all'Europa, a una convivenza aperta e democratica e a un benessere diffuso?

“Dicendo la verità contro la falsa verità. I populistri costruiscono illusioni che non hanno rispondenza con la realtà effettiva” ha affermato il Mediatore della Francia Jacques Toubon. La promozione della trasparenza dell'azione pubblica, la realizzazione di un contatto effettivo tra i cittadini e le istituzioni, la difesa delle fasce deboli della popolazione, la lotta alla povertà sono state individuate come attività su cui il Difensore civico può intervenire in modo efficace per contrastare politiche demagogiche ed euroscettiche.

Il secondo tema della giornata (quello della Brexit) era collegato alle modalità che consentono di massimizzare l'accessibilità alle informazioni che riguardano l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni (al fine di favorire un controllo diffuso da parte del cittadino sull'operato delle istituzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche).

Tra le relatrici è intervenuta Cecilia Wikstrom, membro del Parlamento europeo e presidente della Commissione per le petizioni, che ha confermato l'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea fino al 29 marzo del 2019 e il fatto che nelle trattative in corso si cercherà di conservare gli attuali diritti dei cittadini europei e britannici anche dopo questa data.

Sono seguiti interessanti interventi tra i quali quello della Ombudsman della Scozia, Rosemary Agnew, che ha manifestato un certo rammarico per la “separazione” dall'Unione europea e quelli di alcuni Difensori civici fra il pubblico che hanno confermato la prevalenza dei diritti umani e del diritto internazionale sulla legge dei singoli Stati, a prescindere dalla disapplicazione della normativa europea in Gran Bretagna e nel Nord Irlanda.

Il Mediatore dell'Andalusia Jesus Maeztu Gregorio de Tejada ha accennato alla questione di Gibilterra e ha indicato le molte criticità che potrebbero nascere con la Brexit per i cittadini britannici (molti e anziani) residenti in Europa, in particolare in Spagna e per quelli europei (pochi e giovani) che vivono nel Regno Unito.

La prima giornata, aperta anche ai media, si è conclusa con il discorso del Primo Vicepresidente della Commissione europea, Frans Timmermans, che ha sottolineato come sia importante il ruolo del Difensore civico per la concretizzazione di una democrazia matura e come in questo particolare momento storico il mediatore debba essere coraggioso nella sua azione a servizio della comunità.



Il giorno seguente i lavori della Conferenza sono proseguiti con una partecipazione ristretta degli ombudsman e degli esperti.

Elena Gentili, rappresentante della Direzione della *governance* pubblica dell'Ocse/Oecd, ha presentato i primi risultati del sondaggio sul *open government* effettuato in collaborazione con 86 uffici di autorità di garanzia di 59 tra Stati, Regioni e Comuni.

Molto interessanti sono stati i dati raccolti riguardanti funzioni, caratteristiche e organizzazione degli Ombudsman.

Dai rilevamenti risulta che il mandato degli Ombudsman riguarda in modo significativo l'accoglimento delle lamentele verso la pubblica amministrazione (98%), la mediazione tra cittadini e la pubblica amministrazione (58%), la protezione dei diritti umani (58%), la protezione dei diritti dei bambini (44%), l'antidiscriminazione (42%) e l'accesso alle informazioni (38%).

La maggioranza dei Difensori civici risulta eletta dagli organi legislativi, ai quali viene poi relazionato annualmente in merito alle attività effettuate e alle risorse utilizzate.



In molti Stati e Regioni del Vecchio continente le autorità di garanzia interagiscono attivamente con la società civile, con le associazioni e con le ONG promuovendo collaborazioni, accordi e campagne informative.

Tra i principali contributi che l'Ombudsman fornisce alla *governance* pubblica, la *survey* ha individuato l'aumento della responsabilizzazione e della trasparenza del settore pubblico, il miglioramento dei servizi della pubblica amministrazione e in generale della macchina amministrativa e la crescita della fiducia dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione.

Una parte degli uffici dei Difensori civici contribuisce con proposte alla riforma della Pubblica Amministrazione e all'*open government*.

Tra le criticità emerse sono state segnalate, a fattor comune, la mancanza di volontà politica nel coinvolgere le autorità di garanzia, l'assenza di un piano nazionale ben definito per l'*open government*, la mancanza di risorse umane e finanziarie, le resistenze di alcuni istituzioni.

Nel successivo e conclusivo dibattito sono stati affrontati argomenti riguardanti il problema dei rifugiati e le nuove sfide dell'Ombudsman. A riguardo si è parlato di come andare incontro a chi (malato, disabile,...) non può o non riesce a interagire con il Difensore civico (“dare la parola a chi non ce l'ha”) e su come il legislatore europeo possa rafforzare e, in qualche modo, uniformare l'azione dei mediatori nei diversi Stati.