ISSN 1974-9562 **ANNO - XXIII**

AMBIENTE DIRITTO

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA inserita nell'Area **12 -** Classe **A -** ANVUR

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

SAGGI: **Mario Bertolissi – Mauro Pennasilico - Maria Difino – Enrico Damiani – Laura Sancilio – Anna Lorenzetti – Gianluigi Delle Cave – Anna Pirozzoli – Paolo Bianchi – Stefano Giubboni – Biagio Spampinato – Fabrizio Ferraro – Lorenzo Zoppoli - Carmen Sánchez Trigueros - Laura Foglia – Nicoletta De Angelis – Dario Calderara - Nicola De Marinis – Andrea Sgroi -** *FOCUS:* **Rosaria Costanzo – Gian Paolo Dolso.**

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®

Anno ***2023*** - Fasc. ***n. 4***

Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)

ISSN 1974-9562

9 771974 956204

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

Iscritto presso l'Albo dell'Ordine dei Giornalisti di Sicilia E.S. dal 23/06/2006, (i.d. n.1483), ex art. 28, Legge n. 69/1963 e ss. mm..

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Giuseppe Albenzio *Vice Avvocato Generale dello Stato*

Raffaele Chiarelli *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*

Claudio Rossano *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza.*

COMITATO DIRETTIVO:

Paolo Bianchi *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino* – **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia* – **Agatino Cariola** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania* – **Guglielmo Cevolin** *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine* – **Salvatore Cimini** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo* – **Gian Paolo Dolso** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste* – **Angelo Lalli** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza* – **Alfredo Morrone** *Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti – Pescara* – **Saverio Regasto** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Brescia.*

COMITATO INTERNAZIONALE SCIENTIFICO:

Richard Albert *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin* – **Stefano Agosta** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina* – **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* – **Adriana Apostoli** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Brescia* – **Gaetano Armao** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo* – **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada* – **Michele Belletti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna* – **Stefano Bellomo** *Professore Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università La Sapienza di Roma* – **Mario Bertolissi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova* – **Raffaele Bifulco** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università di Roma Luiss "Guido Carli"* – **Francesca Biondi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano* – **Annamaria Bonomo** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi di Bari* – **Elena Buoso** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova* – **Paola Caputi Jambrenghi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"* – **Sabino Cassese** *Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa* – **Emilio Salvatore Castorina** *Professore Ordinario Diritto Costituzionale (IUS/08) Univiversità degli Studi di Catania* – **Maria Cristina Cataudella** *Professoressa Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università degli Studi di Roma Tor Vergata-* **Marcello Cecchetti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari* – **Cristiano Celone** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo* – **Alfonso Celotto** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08), Università degli Studi "Roma Tre"* – **Ginevra Cerrina Feroni** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna* – **Mario Pilade Chiti** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze* – **Antonio Colavecchio** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia* – **Calogero Commandatore** *Magistrato presso TAR Sicilia Palermo* – **Carlo Colapietro** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico (IUS/9) Università degli Studi Roma tre* – **Claudio Contessa** *Presidente della seconda Sezione del Consiglio di Stato* – **Gabriella De Giorgi Cezzi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi del Salento* – **Emanuele Di Salvo** *Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione* – **Marina D'Orsogna** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo* – **Vera Fanti** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia* – **Renato Federici** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza* – **Leonardo**

Ferrara *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze* – **Giancarlo Antonio Ferro** *Professore associato di Diritto costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania* – **Fabrizio Fracchia** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano "Luigi Bocconi"* – **Diana Urania Galetta** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano* – **Giuseppe Garzia** *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna* – **Paolo Giangaspero** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste* – **Loredana Giani** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma* – **Walter Giulietti** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila* – **Matteo Gnes** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo* – **Andrea Gratteri** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia* – **Antonio Guidara** *Professore associato di Diritto Tributario (IUS/12) Università degli Studi di Catania* – **Nicola Gullo** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS 10) Università degli Studi di Palermo* –**Maria Assunta Icolari** *Professore associato (IUS/12) Università degli Studi G. Marconi di Roma* – **Lorenzo *Ieva*** *Magistrato T.A.R. Puglia – Bari – Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia* – **Antonio Las Casas** *Professore associato di Diritto Privato Comparato (IUS/02) Università degli Studi di Catania* – **Dimitris Liakopoulos** *Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy – Tufts University* – **Sebastiano Licciardello** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Catania* – **Vincenzo Lippolis** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma* – **Fabrizio Lorenzotti** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino* – **Francesco Longobucco** *Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre* – **Giuseppe Losappio** *Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"* – **Paolo Maddalena** *Vice Presidente Emerito della Corte Costituzionale* – **Francesco Manganaro** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Mediterranea di Reggio Calabria, Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA)* – **Antonella Massaro** *Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre* – **Ugo Mattei** *Professore Ordinario di Diritto privato (IUS/01) Università degli Studi di Torino* – **Ludovico Mazzarolli** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Udine* – **Agostino Meale** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari* – **Marisa Meli** *Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania* – **Roberto Miccù** *Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi La Sapienza – Roma* – **Cesare Mirabelli** *Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale* – **Antonio Mitrotti** *Abilitato alle funzioni di prof. univ. di 2° Fascia nel Sett. Conc. 12/C1 – Segretario Comunale* – **Remo Morzenti Pellegrini** *Professore ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bergamo, già Rettore della medesima Università, Vicepresidente della*

Scuola Nazionale dell'Amministrazione – **Gracia Luchena Mozo** *Professore Ordinario Universidada de Castilla-la Mancha* – **Stefano Nespor** *Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano* – **Dante Flàvio Oliveira Passos** *Professor Adjunto de Administracão, Universidade Estadual de Paraìba* – **Marco Olivi** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia* – **Gabriel Doménech Pascual** *Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia* – **Paolo Passaglia** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa* – **Andrea Pertici** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università di Pisa* – **Aristide Police** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata* – **Antonio Preteroti** *Professore Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università degli Studi di Perugia* – **Nicoletta Rangone** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA* – **Carlo Rapicavoli** *(Direttore Generale presso Provincia di Treviso – Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto)* – **Cecilia Ricci** *Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise* – **Maurizio Riverditi** *Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino* – **Raffaele Guido Rodio** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari* – **Roberto Romboli** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa* – **Tulio Raul Rosembuj** *Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS* – **Gianluca Ruggiero** *Professore Associato di Diritto penale (IUS/17) Università del Piemonte Orientale* – **Antonio Saitta** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina* – **Ugo Salanitro** *Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania* – **Alessio Scarcella** *Consigliere della Suprema Corte di Cassazione* – **Giuliano Scarselli** *Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile (IUS/15) Università degli studi di Siena* – **Andrea Scella** *Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine* – **Elisa Scotti** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo – Docente di Diritto dell'Ambiente – (IUS/10) Università degli Studi di Macerata* – **Andrea Simoncini** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze* – **Sara Spuntarelli** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino* – **Paolo Stella Richter** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS 10) e Diritto urbanistico Università degli Studi di Roma "La Sapienza" e Univ. Luiss Guido Carli* – **Ernesto Sticchi Damiani** *Professore Emerito di Diritto Amministrativo Università del Salento* – **Antonio Leo Tarasco** *Professore Ordinario Abilitato di Diritto amministrativo (IUS/10) Dirigente MiBAC (Ministero Beni e Attività Culturali)* – **Vito Tenore** *Pres. Sez. Giurisd. della Corte dei Conti Lombardia; Prof. Diritto del Lavoro Pubblico presso SNA (già SSPA), Doc. titolare di Diritto Amministrativo* – **Fabrizio Tigano** *Professore Ordinario di Diritto amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Messina* – **Dario Elia Tosi** *Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta* – **Duccio Traina** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze* – **Silvio Troilo** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico*

(IUS/09) Università degli Studi di Bergamo – **Francesco Fabrizio Tuccari** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento* – **Giacomo Vivoli** *(Professore a contratto in Diritto dell'Ambiente, Università degli Studi di Firenze).*

COMITATO DI REDAZIONE:

Luigi Carbone *(Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Trieste– Coordinatore Dottrina)* – **Lucrezia Corradetti** *(Dottoranda di Ricerca in Diritto Amministrativo (IUS/10) dell'Università degli Studi di Bologna)* – **Augusto Di Cagno** *(Ricercatore di Diritto Amministrativo IUS/10 Università degli Studi di Bari)* – **Daniela Di Paola** *(Funzionario MIUR – Coordinatrice Giurisprudenza)* – **Giuseppina Lofaro** *(Assegnista di ricerca post-doc in Diritto Amministrativo – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria)* – **Ilaria Genuessi** *(Ricercatore in Diritto Amministrativo (IUS/10) presso l'Università degli Studi di Bergamo)* – **Alessia Riommi** *(Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro (IUS/07) nell'Università degli Studi di Perugia)* – **Dario Sammarro** *(Dottorando di ricerca in diritto amministrativo (IUS/10) Università degli Studi della Basilicata)* – **Leo Stilo** *(Cultore della materia in Diritto Amministrativo, già Direttore della Rivista Il Nuovo Diritto)* – **Gianluca Trenta** *(Dottore di ricerca in Diritto Comparato nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi)* – **Giovanni Zaccaria** *(Dottore in giurisprudenza – Specializzato nelle professioni legali – SSPL).*

ELENCO INTERNAZIONALE DEI REFEREES:

Giuseppe Ugo Abate *(Università degli Studi di Palermo)* – **Roberta Agnoletto** *(Avv. del Foro di Venezia e Coord. Didattica Master in Diritto dell'Ambiente e del Territorio – Università Ca' Foscari di Venezia)* – **Xavier Arbos Marin** *(Universidad de Barcelona)* – **Marco Brocca** *(Università degli Studi del Salento)* – **Maria Agostina Cabiddu** *(Politecnico di Milano)* – **Francesco Camplani** *(Università degli Studi di Macerata)* – **Marco Calabrò** *(Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)* – **Hilde Caroli Casavola** *(Università degli Studi del Molise)* – **Achille Antonio Carrabba** *(Università degli Studi di Bari Aldo Moro)* – **Matteo Carrer** *(Università degli Studi di Bergamo)* – **Gian Franco Cartei** *(Università degli Studi di Firenze)* – **Giovanni Catalisano** *(Università degli Studi di Enna Kore)* – **Valentina Cavanna** *(Università degli Studi di Torino)* – **Marta Silvia Cenini** *(Università degli Studi dell'Insubria)* – **Omar Chessa** *(Università degli Studi di Sassari)* – **Stefano Ciampi** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Alberto Clini** *(Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo")* – **Daniele Sebastiano Coduti** *(Università degli*

Studi di Foggia) – **Luigi Colella** *(Università della Campania Luigi Vanvitelli)* – **Valeria Corriero** *(Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")* – **Fabio Corvaja** *(Università degli Studi di Padova)* – **Juan Carlos Covilla Martìnez** *(Universidad Externado de Colombia)* – **Gianni Cortigiani** *(Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze)* – **Manlio D'Agostino Panebianco** *(CeSIntES dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata)* – **Simona D'Antonio** *(Università degli Studi di Teramo)* – **Sandro De Gotzen** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Lorenzo De Gregoriis** *(Università degli Studi di Teramo)* – **Angelo Delogu** *(Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)* – **Andrea De Lia** *(Avv. penalista e Docente a contratto di Diritto penale)* – **Giovanni D'Alessandro** *(Università "Niccolò Cusano" di Roma)* – **Augusto Di Cagno** *(Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")* – **Viviana Di Capua** *(Università di Napoli Federico II)* – **Maria Rosaria Di Mattia** *(Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)* – **Ruggero Dipace** *(Università degli Studi del Molise)* – **Enzo Di Salvatore** *(Università degli Studi di Teramo)* – **Caterina Drigo** *(Università di Bologna)* – **Pietro Faraguna** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Daniela Ferrara** *(Università degli studi di Palermo)* – **Maria Dolores Ferrara** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Luigi Ferrara** *(Università di Napoli Federico II)* – **Claudio Galtieri** *(Doc. Univ. di Modena-R.Emilia, già Proc. Gen. Corte dei Conti)* – **Biagio Giliberti** *(Universitas Mercatorum)* – **Valentina Giomi** *(Università degli Studi di Pisa)* – **Dimitri Girotto** *(Università degli Studi di Udine)* – **David Grifoni** *Avvocato del Foro di Firenze* – **Emanuele Guarna Assanti** *(Università degli Studi Guglielmo Marconi)* – **Francesca Guerriero** *(Avv. penalista del Foro di Roma)* – **Antonio Guidara** *(Università degli Studi di Catania)* – **Anna Rita Iacopino** *(Università degli Studi dell'Aquila)* – **Paolo Iafrate** *(Università degli studi di Roma "Tor Vergata")* – **Armando Lamberti** *(Università degli Studi di Salerno)* –**Agatino Giuseppe Lanzafame** *(Referendario TAR LAZIO)* – **Nicoletta Laurenti Collino** *(Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine)* – **Vito Sandro Leccese** *(Università degli Studi di Bari)* – **Anna Lorenzetti** *(Università degli Studi di Bergamo)* – **Cesare Mainardis** *(Università degli Studi di Ferrara)* – **Marco Mancini** *(Università Ca' Foscari di Venezia)* – **Giovanna Marchianò** *(Università degli Studi di Bologna)* – **Karla Georgina Martinez Herrera** *(Università degli Studi di Brescia)* – **Donatantonio Mastrangelo** *(Università degli Studi di Bari)* – **Giovanna Mastrodonato** *(Università di Bari)* – **Mezzacapo Domenico** *(Università La Sapienza di Roma)* – **Giulia Milo** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Giuseppe Misserini** *(Università degli Studi di Bari)* – **Viviana Molaschi** *(Università degli Studi di Bergamo)* – **Davide Monego** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Susana Moreno Caliz** *(Universitat de Barcelona)* – **Asensio Navarro Ortega** *(Universidad de Granada)* – **Alberto Oddenino** *(Università degli Studi di Torino)* – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** *(Centro Universitario Estácio da Amazônia)* – **Vittorio Pampanin** *(Università degli Studi di Pavia)* – **Vera Parisio** *(Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale)* – **Maria Antonella Pasculli** *(Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")* **Paolo Patrito** *(Università degli Studi di Torino)* – **Mauro Pennasilico** *(Università degli Studi di Bari Aldo Moro)* – **Vincenzo**

Pepe *(Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)* – **Francesco Perchinunno** *(Università degli Studi di Bari)* – **Antonio Persico** *(Dottorando in Diritto Pubblico – Università degli studi di Roma La Sapienza)* – **Agostino Sola** *(Avvocato in Roma e dottorando di ricerca presso l'università LUISS di Roma)* – **Alberto Pierobon** *(Consulente per Enti in materia ambientale)* – **Olivia Pini** *(Università degli Studi di Modena)* – **Rolando Pini** *(Università degli Studi di Bologna)* – **Patrizia Pinna** *(Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze)* – **Carmine Petteruti** *(Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)* – **Oreste Pollicino** *(Università Bocconi)* – **Daniele Porena** *(Università degli Studi di Perugia)* – **Flavio Ponte** *(Università degli studi della Calabria)* – **Corrado Procaccini** *(Avvocato del Foro di Benevento)* – **Edoardo Carlo Raffiotta** *(Università degli Studi di Bologna)* – **Nino Olivetti Rason** *(Università degli studi di Padova)* – **Pierpaolo Rivello** *(Università degli Studi di Torino)* – **Mariano Robles** *(Università degli Studi degli Studi di Bari)* – **Paolo Rossi** *(Università degli Studi di Perugia)* – **Davide Rossi** *(Università degli Studi di Trieste)* – **Gianpaolo Maria Ruotolo** *(Università di Foggia)* – **Francesco Emanuele Salamone** *(Università degli Studi della Tuscia)* – **Leonardo Salvemini** *(Università degli Studi di Milano La Statale – Politecnico di Milano – "La Sapienza" di Roma)* – **Antonio Saporito** *(Università degli Studi Niccolò Cusano)* – **Ciro Sbailò** *(Università degli Studi internazionali di Roma)* – **Maria Stefania Scardigno** *(Università degli Studi di Bari)* – **Franco Sciarretta** *(Unitelma Sapienza Roma)* – **Andrea Sticchi Damiani** *(Cultore di diritto amministrativo Avv. Foro di Lecce)* – **Anna Tacente** *(Università degli Studi di Bari)* – **Alma Lucia Tarantino** *(Università degli Studi di Bari)* – **Marco Terrei** *(Centrale di committenza del Comune di Lanciano)* – **Luca Maria Tonelli** *(Università degli Studi di Perugia)* – **Grazia Maria Vagliasindi** *(Università degli Studi di Catania)* – **Tommaso Ventre** *(LUISS Guido Carli)* – **Marcello Vernola** *(Universita di' Cassino e del Lazio Meridionale)* – **Donato Vese** *(Università degli Studi di Torino).*

Sezione specializzata – DIRITTO DEL LAVORO

ALI (Ambiente, Lavoro, Impresa)

ORGANIGRAMMA

DIREZIONE SCIENTIFICA

Bellomo Stefano, *Ordinario di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* **– Cataudella Maria Cristina,** *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Roma Tor Vergata* **– Preteroti Antonio,** *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Perugia.*

COMITATO SCIENTIFICO

Balletti Emilio, *Ordinario di Diritto del lavoro Università della Campania L. Vanvitelli* – **Bellavista Alessandro**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Palermo* – **Campanella Piera**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Urbino Carlo Bo* – **D'Alessandro Giovanni**, *Ordinario di istituzioni di diritto pubblico Università Niccolò Cusano* – **Ferluga Loredana**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Messina* – **Lambertucci Pietro**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi dell'Aquila* – **Maio Valerio**, *Ordinario di diritto del lavoro UnitelmaSapienza* – **Pascucci Paolo**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Urbino Carlo Bo* – **Passalacqua Pasquale**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Roma Tor Vergata Direttore Ufficio del lavoro della Sede Apostolica* – **Pellacani Giuseppe**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia* – **Pérez de los Cobos Orihuel Francisco**, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid Presidente Emérito del Tribunal Constitucional* – **Sánchez Trigueros Carmen**, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia* – **Sánchez-Urán Azaña Yolanda**, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid* – **Sempere Navarro Antonio Vicente**, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Presidente del Tribunal Supremo* – **Valente Lucia**, *Ordinario di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma*

– **Venditti Lucia**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Napoli Federico II* – **Zilio Grandi Gaetano**, *Ordinario di diritto del lavoro Prorettore Università Ca' Foscari.*

REDAZIONE

Coordinatori: **Cairoli Stefano**, *Associato di diritto del lavoro Università degli Studi di Perugia* – **Carbone Luigi**, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Trieste* – **Ferraro Fabrizio**, *Ricercatore di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – Componenti: **Calderara Dario**, *Ricercatore di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **Rocchi Luisa**, *Assegnista di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **Giampà Gianluca**, *Dottorando di ricerca in diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **De Giuli Flaminia**, *Dottoranda di ricerca in diritto del lavoro Sapienza Università di Roma.*

N.B.: Tutti gli articoli della rivista sono posti a referaggio secondo le disposizioni ANVUR ad esclusione dei focus, degli osservatori giurisprudenziali e dei redazionali o editoriali.

Indice

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA inserita nell'Area 12 - Classe A - ANVUR **1**

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA **2**

Indice 11

SAGGI 15

DISCORSO INTRODUTTIVO SUI LEP AMBIENTALI 16

COME ORIENTARSI NELLA COMPLESSITÀ DEI FATTI* 16

Mario Bertolissi 16

AMBIENTE E INIZIATIVA ECONOMICA: 52

QUALE "BILANCIAMENTO"?* 52

Mauro Pennasilico 52

IL "SILENZIO-RIGETTO" SULL'ISTANZA PER ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ EDILIZIA AI SENSI DELL'ART. 36, D.P.R. N. 380/2001: UNA SOLUZIONE CHE NON SODDISFA. 92

Maria Difino 92

IL PROBLEMA DELLA RESTITUZIONE DEI BENI CULTURALI 131

Enrico Damiani 131

IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE E DI FUNZIONI AMMINISTRATIVE TRA STATO E REGIONI IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE. 150

Laura Sancilio 150

LA RIFORMA CARTABIA, FRA OTTIMISMO DELLA VOLONTÀ E PESSIMISMO DELLA RAGIONE. 183

Anna Lorenzetti 183

LA VALORIZZAZIONE DELLE "MINIERE URBANE" PER LA TRANSIZIONE ECOLOGICA: NOTE SULLA DISCIPLINA DEL BIOMETANO 209

Gianluigi Delle Cave 209

LE POLITICHE EUROPEE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE 246

Analisi di un processo virtuoso per il raggiungimento di uno sviluppo sostenibile "intelligente" 246

Anna Pirozzoli 246

LE STRATEGIE DI RILANCIO DEI BORGHI NEL PROCESSO DI TRANSIZIONE DIGITALE DEL PNRR 263

Anna Pirozzoli 263

MITI E LEGGENDE DEL COSTITUZIONALISMO GLOBALE 277

Paolo Bianchi 277

NUOVI LAVORI E TUTELA DELLA PERSONA: UN LUNGO FILO ROSSO NELLA RICERCA DI GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI 297

Stefano Giubboni 297

SULLA LEGITTIMAZIONE A IMPUGNARE L'ATTESTATO DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LA DICHIARAZIONE DI INTERESSE CULTURALE NONCHÉ SUL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA 305

(nota a Cons. St., VI, 30 agosto 2023, n. 8074) 305

Biagio Spampinato 305

SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO 325

ALI (Ambiente, Lavoro, Impresa) 325

COLLABORAZIONE COORDINATA E OBBLIGO DI SICUREZZA DEL COMMITTENTE 326

Fabrizio Ferraro 326

PINO SANTORO E IL "SISTEMA" DEL DIRITTO SINDACALE ITALIANO: ALLA RICERCA DI (NUOVI) BARICENTRI E (NUOVE?) FUNZIONI* 353

Lorenzo Zoppoli 353

EL USO DE DATOS SANITARIOS EN LA UE COMO PALANCA PARA MEJORAR LA SALUD INDIVIDUAL Y COLECTIVA 370

Carmen Sánchez Trigueros 370

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'AMBIENTE DI LAVORO 389

Laura Foglia 389

LA FORMAZIONE DEI LAVORATORI NELL'AMBIENTE VIRTUALE. RISCHI E OPPORTUNITÀ DEL METAVERSO. 408

Nicoletta De Angelis 408

LA RELAZIONE TRA L'AMBIENTE INTERNO E L'AMBIENTE ESTERNO: LA CONCILIAZIONE VITA-LAVORO DIGITALE NELL'ORGANIZZAZIONE FLUIDA E L'ORARIO DI LAVORO RIDOTTO. 420

Dario Calderara 420

RISCHIO PSICHICO E SICUREZZA DEL LAVORO NEL DIRITTO VIVENTE 439

Nicola De Marinis 439

RIVENDICAZIONI SINDACALI E NUOVI DIRITTI: L'ART. 28 ST. LAV. ALLA PROVA DEL *PLATFORM WORK.* 448

Andrea Sgroi 448

FOCUS 468

I CANONI DI ROTTA E DI TERMINALE 469

Commento a Sentenza del Tribunale di Torino n. 4383/2023 469

Rosaria Costanzo *469*

QUALCOSA SI MUOVE NEL TORMENTATO MONDO DELLA GIUSTIZIA 481

Gian Paolo Dolso 481

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT 488

SAGGI

DISCORSO INTRODUTTIVO SUI LEP AMBIENTALI

COME ORIENTARSI NELLA COMPLESSITÀ DEI FATTI*

Mario Bertolissi

Prof. emerito di diritto costituzionale presso l'Università di Padova.

ABSTRACT (IT): La legge costituzionale n. 1/2022 ha modificato gli articoli 9 e 41 Cost. In particolare, quanto all'art. 9, 3 co., la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali è stabilito che si realizzi "anche nell'interesse delle future generazioni". In questo modo, viene istituita una relazione diretta tra generazioni, che sostituisce la logica del diritto a un ambiente salubre con la logica opposta del dovere di non inquinare. Ne consegue che, accanto ai livelli essenziali delle prestazioni positivi, che implicano l'uso di risorse, si possono individuare livelli essenziali delle prestazioni negativi, che comportano risparmi di spesa.

ABSTRACT (EN): *Italian Constitutional Law no. 1/2022 amended Articles 9 and 41 of the Italian Constitution. Specifically, as to Article 9.3, protecting the environment, biodiversity, ecosystems, and animals is stated to be carried out "also in the interest of future generations". In this way, a direct relationship between generations is established, replacing the right to a healthy environment approach with the opposite approach of the duty not to pollute. It turns out that, alongside positive essential levels of performance, which involve the use of resources, negative essential levels of performance, which involve savings in spending, can be identified.*

SOMMARIO: 1. Due parole in croce. **- 2.** La realtà prima dei combinati disposti. **- 3.** Meglio non dimenticare. **- 4.** Il documento del Sottogruppo n. 8. **- 5.** L'ambiente: amalgama di fattori e valori. **- 6.** Dal dettaglio ai principi: ipotesi di Lep ambientali. **- 7.** Un cenno ai Lea e ai Lepta. **- 8.** Primi contenuti di una bozza di Lep ambientali. **- 9.** Una considerazione ulteriore.

1. Due parole in croce

Nell'affrontare il tema, che ci è stato affidato e di cui ci stiamo occupando, è doveroso prendere atto di alcuni dati, in grado di influire su soluzioni, che soltanto qualche tempo fa ci

sarebbero parse lineari e convincenti[1]. Infatti, le più recenti devastazioni di territori d'Italia[2], d'Europa[3], dell'Asia[4] e delle Americhe[5] hanno dimostrato a chiunque che ambiente ed

1* È il testo del contributo elaborato - nel mese di agosto 2023 - nell'ambito della c.d. Commissione Cassese, istituita dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, Roberto Calderoli, che ha concluso i suoi lavori il 30 ottobre 2023.

Le certezze - quanto ai rimedi da porre in essere per arginare il degrado dell'ambiente - sono in crisi, dopo gli eventi accaduti in questa problematica estate del 2023, come si rileverà tra un istante. Lo si dice e scrive *apertis verbis*: credo non se ne possa prescindere, proprio nel momento in cui ci si propone di formalizzare indicatori di carattere generale o specifico, poco importa. V., ad es., M. CROSETTI, *Turismo contro risaie: la battaglia dell'acqua sul Lago Maggiore. "I battelli in secca"*, in *la Repubblica*, 19 agosto 2023, p. 21; S. IOVINO, *Into the wild: la lezione di Thorean*, ivi, pp. 28-29; M. TREVISAN, *Taglio degli alberi, 9 comitati all'attacco. "Il tram non è un'iniziativa ambientalista"*, in *il mattino di Padova*, 19 agosto 2023, p. 19 ("Secondo le associazioni le piante abbattute saranno almeno 460, oltre il doppio del previsto. 'L'operazione avrà ricadute pesanti sull'ecosistema che non saranno compensate da nuove linee'"); G. BERETTA, *La sete di Panama*, in *il manifesto*, 19 agosto 2023, p. 16 ("È la stagione delle piogge ma non piove, il Canale - dove scorre acqua dolce - riduce il passaggio dei cargo e il pescaggio massimo. L'ultima vittima del clima che cambia è il traffico merci mondiale"); D. MASTROGIACOMO, *Siccità a Panama. Sul canale gli effetti della crisi climatica*, in *la Repubblica*, 20 agosto 2023, p. 25; M. MOLINARI, *"Green New Deal" per rispondere a povertà e clima*, ivi, pp. 1 e 27; E. FRANCO, *Guardare le Alpi non basta*, in *Corriere del Veneto*, 20 agosto 2023, pp. 1 e 6, e - infine - S. MATALUCCI, M. LAFFABRY, B. HINDRICHS, *Montagne senza ghiaccio*, in *la Repubblica*, 10 settembre 2023, pp. 23 ss. ("Viaggio sulle vette d'Europa: con il *climate change* i ghiacci si scioglieranno e il turismo va reinventato. Le comunità montane sono chiamate a enormi sforzi di adattamento, chi non reagisce sparirà. Un test per il resto del Pianeta").

Da tenere in debita considerazione, soprattutto, A. RINALDO, *Il governo dell'acqua. Ambiente naturale e ambiente costruito*, Venezia, Marsilio, 2023. Andrea Rinaldo è professore ordinario di Costruzioni idrauliche nell'Università di Padova e direttore del *Laboratoire d'Écohydrologie* dell'*École Polytechnique Fédérale* di Losanna. Ne hanno parlato A. SARAGOSA, *Alluvioni o siccità chiamiamo l'idrologo*, in *il venerdì di Repubblica*, 18 agosto 2023, pp. 60-63 (nel corso dell'intervista, ricorda che "il cambiamento è già su di noi, e che bisogna procedere subito all'adattamento del territorio agli eventi estremi che ci attendono. Il clima cambia rapidamente e dobbiamo farlo anche noi": ivi, p. 63), e lo stesso A. RINALDO, *Una mazza da hockey si abbatte sul pianeta*, in *la Lettura*, 20 agosto 2023, pp. 10-11, il quale annota: "Che fare? Il governo dell'acqua è da sempre concausa di profondi cambiamenti nel passaggio culturale, quello in cui il paesaggio-natura è arricchito dagli esiti delle attività dell'uomo, e che si vorrebbe complementare a una lettura attenta dello spazio vitale nel suo significato biogeografico originale (…). Il paesaggio culturale incontra la storia e le strutture invisibili: le tradizioni e l'organizzazione politica e sociale dei luoghi, le manifestazioni delle sensibilità collettive, e la bellezza del paesaggio da tutelare". Per questo, è indispensabile mutare costumi, azioni e politiche, come si ribadirà nel prosieguo. V. la nota 120.

Dunque - a me pare -, il ragionamento giuridico non dovrebbe dimenticarsi di un limpido insegnamento di G. GALILEI, *Lettera a Marco Velseri circa le macchie solari*, Lastra, Villa delle Selve, 4 maggio 1612, ove osserva che "I nomi e gli attributi si devono accomodare all'essenza delle cose, e non l'essenza a i nomi; perché prima furon le cose, e poi i nomi". Osservo, fin d'ora, che questi ampi ed inusuali richiami, che hanno il sapore della rassegna stampa, hanno un unico scopo: quello di dar conto dei problemi, del loro accavallarsi e del dibattito che li coinvolge. Consente di verificare se la strada imboccata è quella giusta oppure no, perché talvolta si preferisce, in luogo della *fisica* (quindi, della Terra), la *metafisica* (ciò che la trascende), vale a dire la dimensione di ciò che non fa parte dell'esperienza e dei relativi problemi. Da mandare a memoria taluni titoli: da brivido!

ecosistema non reggono l'urto di eventi catastrofici, cui si è impreparati e nei cui confronti si è impotenti. Il loro moltiplicarsi, l'impossibilità di fronteggiarli e la necessità di riparare danni di dimensioni apocalittiche è da credere che abbiano mutato gli elementi costitutivi di un ragionamento, che ormai non può essere definito dal perimetro territoriale e normativo di uno Stato o della stessa Unione europea. Sotto questo profilo, non fanno testo, in sé e per sé, le norme giuridiche; né innumerevoli, variopinti rapporti; né le esternazioni di rito; ma la narrazione quotidiana di quel che accade[6]. La quale dimostra che siamo incapaci di prevedere.

Si deve prendere atto, poi, della circostanza che, se le opinioni dei giuristi sono molteplici e finanche divergenti, con esiti non proprio irrilevanti sul piano operativo; nella medesima situazione si trovano i detentori di un sapere tecnico-scientifico, caratterizzato, pure esso, dalla *probabilità*.

2 Nubifragi e grandine al Nord (Lombardia, Veneto e Friuli-Venezia Giulia, a distanza di un tempo breve dalle inondazioni patite dall'Emilia-Romagna), siccità e incendi al Sud (in particolare, in Sicilia), tra la fine del mese di luglio e la prima settimana di agosto. Quindi - anche a conferma del fatto che gli incendi sono, di regola, dolosi: circostanza non priva di rilievo quando si parla di diritto a un ambiente salubre: v. *sub* 5, b) -, v. F. ZOCCHEDDU, *Sardegna a fuoco, trovati gli inneschi. "Appetiti criminali sulla aree di pregio"*, in *la Repubblica*, 8 agosto 2023, p. 19; M. SCORDO, *I roghi in Sardegna sono dolosi. Gelo di Solinas: "Li troveremo"*, in *il mattino di Padova*, 8 agosto 2023, p. 7, e F. FONTANA, *Gli incendi estivi non sono una maledizione inevitabile*, in *Corriere della Sera*, 14 agosto 2023, p. 39.

3 Ad es., di isole greche, colpite da furibondi incendi, come Rodi e la stessa Atene: G. FOSCHINI, *Il fuoco minaccia Atene. E nella foresta di Evros bruciano vivi 26 migranti*, in *la Repubblica*, 23 agosto 2023, p. 15.

4 Pechino è divenuta un lago di acqua e di fango.

5 M. GAGGI, *In fiamme la perla delle Hawaii. Incubo a Maui*, in *Corriere della Sera*, 11 agosto 2023, p. 12. V., inoltre, I. SOAVE, *L'estate dei roghi*, ivi, 21 agosto 2023, p. 13. Nessuna meraviglia se, a questo punto, anche JpMorgan decide di scendere in campo "con oltre 2.500 miliardi di dollari nel prossimo decennio", per "progetti che puntano sugli obiettivi climatici e di sviluppo sostenibile", secondo gli intenti dichiarati del ceo Jamie Dimon: ivi, 23 agosto 2023, p. 29. Come si avrà occasione di rilevare, il criterio dello sviluppo sostenibile rappresenta la direttrice di marcia strategica, che potrà consentire un'inversione di rotta ormai indifferibile. V., infatti, la rubrica *Il diario della Terra*, in *Internazionale*, 18/24 agosto 2023, pp. 90-91, che offre motivi di riflessione e immagini riguardanti le emissioni degli incendi boschivi, la sparizione di deserti e lo scioglimento dei ghiacci della baia di Hudson; la medesima, in *Internazionale*, 25/31 agosto 2023, pp. 90-91, che si sofferma sugli incendi dell'isola di Maui, alle Hawaii, nonché *Incendi mai visti alle Hawaii*, in *Internazionale*, 18/24 agosto 2023, pp. 20 ss.

6 V., alla rinfusa, la dimostrazione della fondatezza dell'assunto: D. PREZIOSI, *Il Colle insiste sull'ambiente. Il governo finge di non sentire*, in *Domani*, 29 luglio 2023, p. 2; M. TOZZI, *Cari ragazzi salviamo il suolo*, in *la Repubblica*, 5 agosto 2023, p. 21; M.N. DE LUCA, *La svolta degli scout "Clima, diritti e lavoro il nostro manifesto per cambiare il mondo"*, ivi, p. 21; R. GIUGNI, *Le nostre responsabilità*, ivi, p. 28; G. TALIGNANI, *Oceano bollente*, ivi, p. 2; P. VIRTUANI, *Gli oceani mai così caldi. Raggiunti i 21 gradi*, in *Corriere della Sera*, 5 agosto 2023, p. 17; P. FORMICA, *Sotto la terra che bolle*, in *Corriere del Veneto*, 5 agosto 2023, pp. 1 e 4; F. JORI, *Allarme clima tra immobilismo ed elemosina*, in *il mattino di Padova*, 6 agosto 2023, p. 13; P. RUMIZ, *Le mie rondini uccise dal freddo in una notte di mezza estate*, in *la Repubblica*, 7 agosto 2023, p. 13; A. FRASCHILLA, *Alluvioni e frane, 11 miliardi fermi. Il governo li lascia nel cassetto*, ivi, p. 11; P. VALENTINO, *Riscaldamento climatico e turismo*, in *Corriere della Sera*, 7 agosto 2023, p. 26, nonché F. GIAVAZZI, *"Prendersela con l'Unesco non risolve il caso Venezia. Serve un progetto alternativo"*, ivi, p. 21; P. BIONDANI, *Clima, l'Italia rischia doppio*, in *L'Espresso*, n. 31/2023, pp. 42 ss.; U. CENNAMO, *Marmolada, picco a 14 gradi. "Ma per ora non si chiude, non è scattato l'allarme"*, in *Corriere del Veneto*, 22 agosto 2023, p. 5; M. GIOVANNINI, *I ghiacciai dolomitici sono a rischio estinzione*, ivi.

E da quando abbiamo sostituito il pensare con il comunicare, il fare con il dire, le cose sono peggiorate.

Non è il caso di obiettare, se non dopo aver considerato serenamente lo *status quo*, relativamente a ciò che dispongono l'art. 116, 3° co., Cost., in rapporto all'art. 117, 2° co., lett. m), Cost. Sono coinvolti Stato e Regioni. In gioco ci sono diritti, che individuano il nucleo essenziale della forma di Stato. Decisivi, il capitale umano, l'organizzazione degli enti e le risorse[7]. Sintomo di un agire patologico, pure esso trascurato, il fattore tempo, dal momento che la Repubblica data 1948; il regionalismo speciale la precede; il regionalismo ordinario ha più di mezzo secolo; la legge costituzionale n. 3/2001 è da tempo maggiorenne.

2. La realtà prima dei combinati disposti

Alessandro Manzoni - non a caso, occupandosi dello stile spagnolesco del XVII secolo - le definirebbe "proposizioni in aria"[8]. Sono le deduzioni, che abbandonano il piano della realtà, alla ricerca di soluzioni elaborate, alla luce di un supposto, ma inesistente, preciso significato delle parole, secondo le relative connessioni, come vorrebbe il, peraltro, sempre utile art. 12, 1° co., delle disposizioni sulla legge in generale[9]. Ne accenno, perché finora ho ascoltato ragionamenti, non privi di interesse, che hanno finito, fatalmente, per coinvolgere l'intero ordinamento della Repubblica, utilizzando risalenti, consumate ed inconcludenti tecniche: si possono definire, con linguaggio rozzo, della pesca a strascico; elegantemente, concepite in forza di una visione generale (ma, molto probabilmente, generica) dei problemi, alla ricerca dell'ottimo, ostinatamente censurato da Luigi Einaudi[10]; ottimo, che è nemico giurato - come si sa - del buono. Senza dubbio, di ciò che può essere almeno decente. Per questo, mi permetto di richiamare l'attenzione su qualcosa di certo, che fa parte delle vicende della Repubblica, "una e indivisibile", come dice l'art. 5 Cost., oltre ad altro, che, di solito, si trascura[11].

---

7 Per non dire, in estrema sintesi, anche di usi e costumi: v. G. ROSSI, *Prove di educazione alla legalità nonostante l'eclissi della morale*, in *Corriere della Sera*, 23 agosto 2023, p. 37, in margine a N. DALLA CHIESA, *Legalità è un sentimento. Manuale controcorrente di educazione civica*, Milano, Bompiani, 2023. Certo, per la legalità, non sono tempi favorevoli, e non è, certo, un bene: v. G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità 2022*, Torino, Giappichelli, 2022, ed ivi, in particolare, F. PEDRINI, *La legalità inesistente*, pp. 1 ss.

8 A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, con introduzione e note di G. Bezzola, Milano, RCS, 2006, XII, p. 207.

9 Dirò qualcosa, tra poco, a proposito delle espressioni che ricorrono nel testo dell'art. 117, 2° co., lett. m), Cost., e che rappresentano una sorta di inutile rompicapo: v. la nota 89 e *sub* 9.

10 L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, ora in *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, Milano, Mondadori, 1983, pp. 5 ss., là dove rileva - è una puntualizzazione, che trascende il caso specifico - che "la confraternita dei dottrinari sta diventando il pericolo 'numero uno' per la pubblica finanza". Per quella "mania riformatrice dei dottrinari che, andando in cerca della giustizia e non contenti della giustizia semplice grossa, che è la sola concretamente possibile, vogliono la giustizia perfetta, che è complicata e distrugge dieci per incassare uno". V. M. BERTOLISSI, *Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata*, in *ConsultaOnline*, n. 2/2023, pp. 495 ss.

11 Ho dalla mia una buona memoria e oltre trent'anni di frequentazione di Palazzo della Consulta: quel tanto, che consente di sapere - non perché lo si legge sui libri, scritti, talvolta, da chi non vi ha mai messo piede - la differenza che passa tra fatti e carte di un giudizio, da un lato; e fatto e diritto di una sentenza, d'altro lato. Sono costretto, ancora una volta, a rinviare a M. BERTOLISSI, *L'udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2022, pp. 321 ss.

Ciò che l'art. 117, 2° co., lett. m), Cost. ha di mira è l'*eguaglianza in concreto*. Delle evidenti diseguaglianze sono responsabili il pluralismo; l'autonomia; l'assenza dello Stato, cui rimediare con più Stato?[12]. L'art. 3, 2° co., Cost. ha incorporato in sé un imperativo categorico, al quale la Repubblica non ha dato seguito. Da questo punto di vista, l'art. 117, 2° co., lett. m), Cost. è del tutto superfluo: atti della Costituente alla mano[13].

a) La medesima - contrariamente a quello che taluno ha sostenuto[14] - si è avvalsa dei lavori preparatori messi a sua disposizione, tra l'altro, dalla Commissione economica, presieduta da Giovanni Demaria. Per quanto ci riguarda, assume particolare rilievo l'opera svolta dalla Sottocommissione Finanza, presieduta da Sergio Steve[15], la quale ha affrontato il tema dell'erogazione di prestazioni e servizi sul territorio nazionale. Allora, nel contesto del più saldo centralismo, ebbe a notare che esistevano, nel Paese, ingiustificabili diseguaglianze. Propose, quindi, quale rimedio alle sperequazioni, di inserire nella Carta costituzionale l'enunciazione di un principio ispiratore: avrebbe dovuto affermare (il corsivo è nel testo) *il diritto di tutti i cittadini ad ottenere a parità di aggravio tributario in tutto il territorio dello Stato quanto meno i pubblici servizi obbligatoriamente rimessi alle amministrazioni locali e che corrispondono ad uno standard minimo indispensabile alla vita civile, col corrispondente obbligo dello Stato di perequare il fabbisogno finanziario locale, secondo le norme dettate dalla legge, perché le relative spese possano essere fronteggiate a parità di aliquote*[16].

È appena il caso di osservare che il diritto di ogni cittadino era correlato al pagamento del tributo e che, in presenza di disparità, avrebbe dovuto intervenire lo Stato per assicurare - non ci vuole molto a capire che non stavano improvvisando e che il rilievo rappresentava l'esito di ragionamenti, formulati sulla base di una consumata esperienza - *uno standard minimo indispensabile alla vita civile*.

Colgo l'occasione per precisare che la continua ripresa di miei scritti dipende dalla circostanza che, quello attuale, si collega intimamente ad essi, sulla base di una comune premessa di carattere metodologico, che dà rilievo, oltre che alle proposizioni normative, ai fatti costitutivi di normatività. La considerazione unitaria di entrambi non è sempre apprezzata, ma rimane incontestabile che incentrarsi sul dover essere espone a non pochi fraintendimenti, il primo dei quali consiste nel ritenere che il dover essere coincida con l'essere: v., per l'adesione al criterio tradizionale, ad es., A. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPILELLA, A. RUSSO, *Ambiente*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte speciale, tomo I, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 101 ss.

12 Da tempo, si è parlato di Stato introvabile: v., appunto, S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, Donzelli, 1998. Quanto al più Stato, in questi termini si è espressa la Corte costituzionale, a proposito della Regione Calabria, con la sent. n. 168/2021, a conferma del fatto che non è il caso di fare di ogni erba un fascio; che vale ancora oggi il risalente *distingue frequenter*; che le prestazioni possono essere - sono state, sono e saranno - rese, in ragione di una molteplicità di fattori, condizionanti l'attuazione dell'art. 117, 2° co., lett. m), Cost. V. *sub* c).

13 M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Padova, Cedam, 1983, pp. 173 ss.; ID., *Finanza territoriale. 1946 studi e proposte costantemente disattesi*, destinato ad un affettuoso ricordo di Beniamino Caravita di Toritto.

14 Smentito, ad es., dall'articolato intervento dell'on. Bubbio: rinvio al mio *L'autonomia finanziaria regionale*, cit., spec. pp. 260 ss.

15 I nomi hanno la loro importanza; e non aggiungo altro.

16 MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea Costituente. V. Finanza. I. Relazione*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1946, p. 142.

b) Quella poc'anzi ripresa è un'espressione orientata alla concretezza. Infatti, *vita civile* richiama il frammento "esistenza libera e dignitosa" (di cui all'art. 36, 1° co., Cost.), che deve essere assicurata al lavoratore e alla sua famiglia per il tramite di "una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro". Tuttavia, a differenza di questo precetto costituzionale, l'art. 117, 2° co., lett. m), utilizza parole più deboli e generiche, di matrice burocratica, dal momento che "essenziale" sottintende misure, che possono dilatarsi o restringersi a piacimento: come accade, ad esempio, per il minimo vitale, sottratto a tassazione. L'essenzialità è condizionata da molteplici fattori: ha come termine di riferimento *a quo* l'*homo sine pecunia*, che è *imago mortis*; e può spingersi molto in alto, visto che, un tempo, il naso di Cleopatra era a carico del Servizio sanitario nazionale: non indispensabile - è da credere - per una *vita civile*! In ogni caso, i Lea[17] non sembrano aver né azzerato, né attenuato le diseguaglianze esistenti tra i vari sistemi sanitari regionali, caratterizzati da un intenso turismo incrociato: dalle sanità deboli alle meno deboli, se non si vogliono definire - è preferibile, per precauzione, evitare di dire - forti. Il prima e il dopo la novella costituzionale del 2001 si equivalgono[18].

c) Il fatto è - come si è già accennato[19] - che i fattori, da cui dipende l'attuazione concreta dell'art. 117, 2° co., lett. m), Cost., sono molteplici e tra loro inscindibilmente legati. Riguardano, in particolare, in un'ottica giuridica istituzionale:

- lo *Stato*, che è uno sulla carta, molteplice nella sua articolazione organizzativa territoriale. Con la conseguenza, lapalissiana, che, ad esempio, vi sono tribunali che funzionano e altri no; plessi scolastici adeguati e altri no[20];

---

17 In atto dal 2001, aggiornati nel 2017.

18 Non è il caso, quindi, di farsi molte illusioni.

19 *Sub* 1.

20 Si ricordi che sull'ingresso sta scritto: Scuola media statale. Con la conseguenza che, se l'anno scolastico inizia sempre malamente, lo Stato *imputet sibi*: A. D'ESTE, *Oltre 50 mila studenti sui banchi senza presidi. E spariscono i prof del Sud*, in *Corriere del Veneto*, 27 agosto 2023, pp. 1 e 2. V., soprattutto, la feroce inchiesta di C. SGRECCIA, *Scuola a pezzi, altro che merito. Qui casca tutto*, in *L'Espresso*, n. 36/2023, pp. 26 ss., nonché M. BERTOLISSI, *Cosa deve cambiare in classe*, in *Corriere del Veneto*, 9 settembre 2023, pp. 1 e 3, ed E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'aula vuota. Come l'Italia ha distrutto la sua scuola*, Venezia, Marsilio, 2019. V. *sub* 9. Quello della scuola rimane un caso esemplare di come le differenze siano enormi, le disfunzioni gigantesche e il degrado in espansione ora, in assenza di qualunque autonomia differenziata. Realisticamente, che cosa potranno generare eventuali Lep per l'istruzione, in termini di eguaglianza? Lo Stato si preoccupa delle Regioni, quando è il caso di dire: badi a sé stesso! È una conclusione, purtroppo, scontata, come si può constatare lunedì 11 settembre 2023, primo giorno di scuola in alcune Regioni: *La scuola dei precari*, in *la Repubblica*, 11 settembre 2023, p. 1 ("Inizio a ostacoli per 7 milioni di studenti. In classe su quattro insegnanti uno è supplente. Ancora da bandire concorsi per 70 mila posti"); I. VENTURI, *La fabbrica dei supplenti*, ivi, p. 2 ("la scuola alla ripartenza con 200 mila precari"). Al netto delle polemiche di rito, questa è una situazione endemica. Mi chiedo, ancora una volta, a che cosa possano servire i Lep, che lo Stato dà a sé stesso, per fare ciò che avrebbe dovuto fare, e non ha fatto, come osserva un giornalista di collaudata competenza ed esperienza, quale è F. JORI, *Il nuovo anno scolastico che puzza tanto di vecchio*, in *il mattino di Padova*, 11 settembre 2023, p. 10. Ecco l'esordio: "Bocciata fin dal primo giorno. Si ritrova con un 4 in pagella già a inizio anno, una scuola che oltretutto si trascina dietro la zavorra dell'eterna ripetente: cambiano governi, parlamenti e partiti, ma il catalogo dei problemi rimane implacabilmente lo stesso". Per non dire del fatto che *Scuola, si riparte con 1.500 ragazzi in meno. In 5 anni è come se fosse sparito un paese*, ivi, p. 12. Scherzi della denatalità, problemi per

- le *Regioni*, delle quali si può dire, a seconda delle circostanze, tutto il bene o tutto il male possibile. Comunque sia, di regola, se ne parla indistintamente, mentre una rigorosa indagine svolta già sulla prima legislatura (1970-1975) aveva messo in luce notevoli differenze, che si sono, di massima, accresciute nel tempo[21]. Per troncare ogni perplessità, vale il caso delle Regioni speciali[22];

---

le attuali e le nuove generazioni. Vale anche per l'ambiente e, forse, per ogni altra materia. Una commedia degli inganni o degli equivoci?

21 V., in specie, L. PALADIN, *Presentazione* di AA.VV., *La prima legislatura regionale 1970-1975*, Milano, Giuffrè, 1976, spec. pp. 7 e 13.

22 V., assai di recente, un'inchiesta (che qui non richiamo affatto con un qualche intento polemico, ma per rendere evidenti difficoltà oggettive, da cui non mi pare si possa prescindere) condotta da E. BELLAVIA, *Sicilia infelix. Un'isola in crisi perenne*, in *L'Espresso*, n. 21/2023, pp. 26 ss. (noto che è un settimanale schierato contro l'autonomia differenziata, che non ha mai dato spazio a un'opinione, anche blandamente, a favore). Ecco l'esordio: "La terra dell'emergenza salta da un allarme a un altro, in una corsa forsennata a divorare sé stessa, le sue risorse e i sussidi che ristorano dopo la tragedia appena consumata. In attesa della prossima. L'estate di fuoco è lo specchio in cui si riflettono tutte le inadeguatezze di una Regione 'sfigurata per colpa della politica', sintetizza l'arcivescovo di Palermo, Corrado Lorefice, di fronte alle spoglie bruciate di San Benedetto Moro. - La Sicilia si sveglia con gli incendi e si addormenta con le frane. Ha ancora gli eredi dei baraccati del terremoto di Messina del 1908 e quelli del Belice del 1968. Consuma suolo senza ritegno, espone al rischio 320 mila persone su 2.000 chilometri quadrati (Ispra), si ingrassa nel nulla che genera la devastazione. Alimenta un popolo di precari, braccianti dei signori del voto (…). Vola a Roma a chiedere stati di crisi per i 60 milioni di euro di danni degli ultimi incendi che hanno mandato in fumo 41 mila ettari di territorio (Legambiente), si lamenta e contratta, alzando il prezzo del disagio, promettendo messi di voti nel granaio popolato di anime smunte. Ecco l'autonomia siciliana: un'altezzosa scorribanda nel recinto del bisogno. Utile solo alla razza padrona perché raggranelli quel poco che arriva con il contagocce dei trasferimenti. Che aspetta i fondi europei e intanto si fa bocciare per insipienza 31 progetti su 31 relativi ai consorzi di bonifica, gestione acqua per intenderci, e perde 383 milioni del Pnrr" (ivi, p. 28). V., altresì, purtroppo, R. MADDALENA, *Baraccopoli. Dove finisce la civiltà*, in *L'Espresso*, n. 30/2023, pp. 68 ss. (La città, interessata dall'inchiesta, è Messina: "Alcune risalgono al 1908. E ci vivono, nel degrado, oltre 1.800 famiglie. Mentre sono stati assegnati pochissimi alloggi rispetto al fabbisogno, i soldi per il risanamento non mancano"). Eppure, pare che i Lep siano solo questione di soldi: v., infatti, A. BASSI, *Autonomia, conti a rischio, anche i saggi ora frenano*, in *Il Messaggero*, 17 agosto 2023, pp. 1 e 3, nonché - in replica - E. D'ORLANDO, A. GIOVANARDI, *"Autonomia, nessun freno. La Costituzione va attuata"*, in *Il Gazzettino*, 18 agosto 2023, p. 9. Ragionano diversamente E. GALLI DELLA LOGGIA, A. SCHIAVONE, *Una profezia per l'Italia. Ritorno al Sud*, Milano, Mondadori, 2021.

Se, ad es., altre Regioni speciali versano in questa condizione (prendiamo, pure, tutto con beneficio di inventario), lo si dica e lo si giustifichi. Per parte mia, ho scritto un saggio dal titolo *Di bessòi. La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2023, pp. 176 ss. Me ne sono occupato, altresì, in *Il mito del buon governo*, Napoli, Jovene, 2022, spec. pp. 340 ss., a proposito di talune Regioni ordinarie.

Solo per memoria, l'Assemblea regionale siciliana ha espresso voti contrari al regionalismo differenziato di cui all'art. 116, 3° co., Cost.: ordine del giorno del 20 febbraio 2019.

- i *diritti*, i quali, indistintamente, hanno un costo, anche se, per tradizione, non se ne discute con il dovuto rigore[23], cui non dovrebbe essere estraneo l'argomento strategico dell'evasione fiscale e contributiva[24];

- il *capitale umano*, strumento di successo oppure di insuccesso, di particolare rilievo proprio per quanto concerne il pluralismo autonomistico. Per limitarsi a un rapido cenno, vale la pena di ricordare una recente, accurata disamina, che ha concentrato l'attenzione sulla società e sui fattori indispensabili per una sua efficace ripresa, quanto ad economia ed istituzioni[25]. La ricostruzione, seguita al terremoto in Friuli del 1976, è dovuta alla combinazione di due fattori,

---

23 S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000. Con l'occasione - avendo in mente la questione relativa al finanziamento dei lep -, non si dimentichi quanto ha scritto, molto tempo fa, J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1979. In ogni caso, il debito è volato, per ragioni rese esplicite da Giuliano Amato, intervistato da A. FRIEDMAN, *Ammazziamo il Gattopardo*, Milano, Rizzoli, 2014, pp. 32-33, e da Francesco Cossiga, confidente di G.A. STELLA, *Giù il cappello*, in *Corriere della Sera Magazine*, 29 gennaio 2009, p. 11. Anche a motivo del fatto che si tacciono sempre le cause del debito pubblico ed ora lo si vorrebbe espandere da demagoghi e scriteriati, riversando le conseguenze sui giovani, è opportuno mandare a memoria questo inciso, non da statisti: "In nome della carità e della solidarietà ho sbagliato. Credevo che la politica economica dello Stato dovesse ricalcare le linee della San Vincenzo. Abbiamo scambiato tutti la solidarietà con lo spreco. Il fatto è che pensavamo sul serio che i soldi non sarebbero finiti mai". Ci vuol poco a rincarare la dose: v., infatti, M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015.

24 Di proporzioni enormi: C. VOLTATTORNI, *Dichiarazioni, il 44% sotto i 15 mila euro*, in *Corriere della Sera*, 24 aprile 2020, p. 41. V., soprattutto, CORTE DEI CONTI, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, 2020, p. 10, e già A. PEDONE, *Evasori e tartassati*, Bologna, il Mulino, 1979, e M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Napoli, Jovene, 2012.

25 Mi riferisco a C. BORGOMEO, *Sud, il capitale che serve*, Milano, Vita e Pensiero, 2023. Nel presentare l'opera, M. PANARA, *Solo l'investimento sul capitale sociale porta sviluppo nel Mezzogiorno*, in *Affari&Finanza*, 7 agosto 2023, p. 13, ricorda che "Nel 1951 il Pil *pro capite* nel Sud era il 52,9% di quello del Centro Nord, nel 2021 è stato pari al 56,2%. Quei miseri 3,3 punti sono il più clamoroso indicatore del fallimento di 70 anni di politiche meridionalistiche. 34 anni di Cassa per il Mezzogiorno, le cattedrali nel deserto, i trasferimenti miliardari hanno migliorato la vita dei cittadini meridionali ma non hanno intaccato il divario". Ed ecco una sintetica conclusione, del cui contenuto non si parla: "E invece lo sviluppo si nutre con la crescita civile, raccogliendo i segnali di vitalità che i territori offrono e rafforzandoli, investendo sull'educazione, sulla legalità, sulla qualità del settore pubblico. Le risorse contano, senza non si esce dalla trappola, ma se quelle risorse non fanno crescere il capitale sociale sono solo sopravvivenza e semmai dipendenza. Non sviluppo". Nei medesimi termini, G. DE RITA, *Il lungo Mezzogiorno*, Roma-Bari, Laterza, 2020 (sul risvolto di copertina si legge: "Non è l'economia che traina il sociale, ma il contrario; per fare sviluppo occorrono processi di autocoscienza e di autoproduzione collettiva, non interventi dall'alto: ho sempre tenuto a mente questi principi studiando il Mezzogiorno italiano"). Per ulteriori chiarimenti, in proposito, v. G. DE RITA, *Intervista sulla borghesia in Italia*, a cura di A. Galdo, Roma-Bari, Laterza, 1996, e G. DE RITA, A. GALDO, *L'eclissi della borghesia*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. p. 28. Soprattutto, M. DRAGHI, *Considerazioni finali 2008*, in particolare, il paragrafo dedicato a "Lo sviluppo del Mezzogiorno e il federalismo fiscale" ed ora, con un sintetico cenno, F. GAMBARINI, *Addio a Repetto, il re del cioccolato. Il rilancio di Elah-Dufour e Novi, puntando sul "capitale umano"*, in *Corriere della Sera*, 10 settembre 2023, p. 29.

che dimostrano come una vera autonomia possa consentire il migliore dei risultati, abbinando, appunto, la solidarietà nazionale con la responsabilità e l'operosità dei territori[26];

- l'*organizzazione*, senza della quale ogni obiettivo è, per definizione, precluso. C'è chi ne ha parlato con precisione millimetrica in questi giorni, a proposito del Pnrr, osservando che è una sua caratteristica quella di stabilire "nei primi anni (…) traguardi, ossia passaggi formali necessari per il completamento delle opere pubbliche. E noi siamo bravissimi [non è un elogio] nel passare atti formali ed è per questo che, finora, il Pnrr era avanzato senza problemi. Ma, da fine 2023 in poi, la stragrande maggioranza delle condizioni del Piano riguarda gli obiettivi, insomma i risultati, le opere pubbliche. E lì stanno i nostri problemi [il discorso vale anche per i Lep]: non nel fare leggi, regolamenti, bandi, ma nell'eseguire le opere"[27];

- le *risorse*. Rilevano sia nell'ammontare, sia - soprattutto - nella qualità del loro impiego, il quale dipende dall'inveramento di due principi costituzionali essenziali, posti dall'art. 97: dal buon governo (della politica) e dalla buona amministrazione (che è o non è dei dipendenti e dei funzionari pubblici). Ancora una volta aiuta - a capire e a capirci: ce lo ricorda Covid-19 - Alessandro Manzoni, quando nota che "ecco se, anche nelle maggiori strettezze, i danari del pubblico si trovan sempre, per impiegarli a sproposito"[28];

- il *fattore tempo*, a volte favorevole, a volte sfavorevole. Ricordo che il regionalismo ordinario è stato attuato, con grave ritardo e malamente, nel 1970, quando il debito pubblico era fisiologico e la lira vinceva l'oscar dell'affidabilità. Allora, si pensava di riformare lo Stato e non si fece nulla. Ora, tutto è cambiato in peggio ed è indispensabile agire guardando in faccia la realtà e ciò che la stessa consente. Chi ha tempo non aspetti tempo non è solo un modo di dire: esorta al fare, non all'enunciare e, men che meno, all'impedire.

---

26 M. BERTOLISSI, *Di bessòi*, cit. Oltre a quanto riportato nella nota 22, si è costretti a prendere atto di altre notizie non proprio edificanti, che sono quello che sono, in barba all'eguaglianza, non da sventolare, ma da realizzare: v., infatti, A. GUERRIERI, *Ad Amatrice, tra ferite e cantieri aperti. Così l'Italia aspetta d'essere ricostruita*, in *Avvenire*, 24 agosto 2023, p. 5; C. ZUNINO, *La solitudine di Amatrice - le case ancora un sogno - l'hotel riapre ma è vuoto*, in *la Repubblica*, 24 agosto 2023, p. 18; F. MALFETANO, *Amatrice, sette anni dopo. Il premier: "Acceleriamo"*, in *Il Messaggero*, 25 agosto 2023, p. 8; A. AVERAIMO, *I ritardi di Ischia (piena di turisti)*, in *Avvenire*, 24 agosto 2023, p. 5. Ormai, se ne occupano gli storici: v., ad es., A. LEPRE, *Storia della prima Repubblica. L'Italia dal 1943 al 2003*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 309, il quale osserva che "Nel 1976 un terremoto aveva colpito il Friuli, con la morte di un migliaio di persone e la distruzione di alcuni paesi. I finanziamenti stanziati dal governo per l'Irpinia non furono, in proporzione ai danni, inferiori a quelli stanziati per il Friuli. Ma l'opera di ricostruzione diede risultati diversi e sembrò indicare, ancora una volta, una frattura tra Nord e Sud". Sono affermazioni da non sottovalutare, dal momento che si deve porre rimedio, anche attraverso i Lep, a "sentimenti antimeridionali che avevano radici molto profonde, perché erano nati al momento stesso dell'unità d'Italia e ne avevano percorso tutta la storia" (ivi). Il che significa che, se la questione Lep si tradurrà in un ennesimo fallimento, questo contribuirà non già a unire, ma a separare ulteriormente.

27 C. COTTARELLI, *Dalle parole ai fatti. Come non sfiorare il ridicolo sul Pnrr*, in *L'Espresso*, n. 30/2023, p. 9. Per quanto mi riguarda, è quel che ho sempre sostenuto: v., infatti, *Il mito del buon governo*, cit., pp. 363 ss., e, in particolare, *Riformare la pubblica amministrazione: acqui està el busilis; Dios nos valga!*, in *federalismi.it*, n. 26/2021, pp. IV ss. V., inoltre, O. GIANNINO, *Perché il Pnrr arranca. Gli errori del passato e quelli del Governo Meloni*, in *Affari&Finanza*, 7 agosto 2023, p. 12, e P. BIANCHI, *La svolta dell'economia globale. I sussidi non bastano più per rilanciare la ripresa*, ivi, p. 13.

28 A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXVIII, p. 439.

3. Meglio non dimenticare

Forse, non è un caso che quanti sono stati auditi dal Sottogruppo n. 8 hanno chiesto di essere edotti circa il significato da attribuire all'art. 117, 2° co., lett. m), Cost.; si sono soffermati sul disegno di legge Calderoli ed hanno variamente argomentato circa il suo contenuto. Tuttavia - prendo a prestito il testo messo a disposizione dal WWF -, non ho avuto la possibilità di leggere nulla che dica: questo è un Lep ambientale, che precede e si affianca alle prestazioni tecniche dei Lepta. È una pura e semplice constatazione, dal momento che, per addivenire a un qualche risultato, è indispensabile prendere in esame non i propri o gli altrui auspici, ma la legislazione vigente, che non è poca; che è confusa, ripetitiva e minutissima, da analizzare guardando alla sua struttura interna e a ciò che si prefigge: porre limiti, ai fini della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema[29]. Più precisamente e realisticamente ancora, evitare danni ad entrambi.

Ora, non si deve dimenticare che non c'è nulla di assoluto e che tutti i diritti sono sottoposti a un bilanciamento. Non solo: il medesimo dipende dalla normativa vigente al momento, in cui va scelta la misura o valutato giudizialmente il caso, tenuto conto dei più recenti ritrovati e delle finalità perseguite, che - come ognuno può constatare - mutano di giorno in giorno, salvo (forse) i principi. Si tratta di una annotazione, che va spiegata. E la migliore delle delucidazioni è quella, che fa riferimento a *casi concreti*.

a) Il primo di essi è il seguente, che riprendo - a causa della sua risonanza - da un quotidiano[30]. Consente di essere informati circa le divisioni esistenti tra enti ed associazioni, tutte sensibili ai valori previsti e tutelati dall'art. 9 Cost.: il che la dice lunga su come stanno le cose e su come ci si deve regolare in questa accidentata materia.

Ebbene, "il Tar Campania ha dato torto al ministero della Cultura sulla tutela del paesaggio e ha dato ragione alla spagnola Grupotec per costruire una centrale fotovoltaica di 31 ettari nella valle dell'Ufita (Avellino) fra Scampitella e Trevico. Dice il Tar: la tutela del paesaggio sarà pure nella Costituzione all'articolo 9 fin dai tempi dei Padri costituenti, ma da un anno nella Costituzione c'è anche la tutela dell'ambiente e quindi la centrale fotovoltaica va fatta. In altre parole, il Tar ha infilato un cuneo nella crepa sottile tra paesaggio e ambiente e ne divarica i lembi fino a trasformarla in una frattura"[31].

Su che cosa incide? "Il divario fra i due principi costituzionali e soprattutto fra le due anime nobili dell'ambientalismo potrebbe diventare sempre più largo con il rafforzarsi delle strategie climatiche. Bisogna costruire in Italia almeno 65 mila megawatt di nuove centrali alimentate da fonti energetiche rinnovabili; a mano a mano che le centrali verdi saranno sempre più presenti e pervasive, potrà salire la riottosità delle comunità che potrebbero sentirsene invase"[32]. D'altra parte, "La visibilità modifica i luoghi in cui si identificano le comunità. È simile la divisione fra associazioni sul tema del consumo del suolo. Alcune settimane fa l'Ispra, l'Istituto scientifico del ministero dell'Ambiente, ha pubblicato uno studio in cui censisce l'espansione delle tecnologie rinnovabili tra le forme del consumo del suolo. Contro l'Ispra è partita una lettera di censura firmata da 14 associazioni tra cui spiccano per notorietà Greenpeace, Legambiente e Wwf. Invece gli Amici della Terra sono contrari alla lettera di censura degli altri movimenti: 'Basta intimidazioni alle istituzioni dello Stato'. Italia Nostra: 'Il

29 V. *sub* 5.

30 J. GILIBERTO, *Il Tar e la frattura ecologista su rinnovabili e paesaggio*, in *Il Foglio*, 9 agosto 2023, p. 3.

31 J. GILIBERTO, *Il Tar e la frattura ecologista*, cit., p. 3.

32 J. GILIBERTO, *Il Tar e la frattura ecologista*, cit., p. 3.

fotovoltaico mangia il suolo fertile come denunciato dal presidente di Coldiretti, Ettore Prandini'"[33].

Quanto all'innesco delle tensioni e delle polemiche, il giudice amministrativo ha precisato che "Scolora la tesi attorea incentrata sulla predicata primarietà (o prevalenza assoluta) dell'interesse alla tutela dei valori paesaggistici e, per converso, sulla predicata cedevolezza (o subvalenza assoluta), rispetto a esso, degli altri interessi pubblici potenzialmente antagonistici, ivi compreso quello ambientale alla produzione energetica in termini ecosostenibili; e invero, la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è un'attività di interesse pubblico che contribuisce anch'essa non solo alla salvaguardia degli interessi ambientali, ma, sia pure indirettamente, anche a quella dei valori paesaggistici"[34]. Come si regolerà il Consiglio di Stato?[35].

---

33 J. GILIBERTO, *Il Tar e la frattura ecologista*, cit., p. 3.

34 J. GILIBERTO, *Il Tar e la frattura ecologista*, cit., p. 3.

35 Ove impugnata, oggetto del giudizio d'appello sarà Tar Campania-Salerno, sez. II, sent. n. 1556/2023.

Per dare l'idea della molteplicità dei punti di vista e di quali siano i contrasti in atto, che rendono le scelte concrete, in linea di massima, controverse, vale la pena di riprendere ancora qualcosa di questo istruttivo quadretto: "Secondo Antonella Caroli, presidente di Italia Nostra, la sentenza del Tar Campania 'nega il valore preminente della tutela paesaggistica rispetto a quella ambientale. Così come temuto fin dall'inizio, l'assurdo e inconsapevole cambiamento dell'art. 9 della Costituzione, con l'aggiunta paritaria dell'ambiente - che Italia Nostra riteneva già tutelato dalla Corte costituzionale con l'obbligo della sua conservazione e della repressione del danno ambientale (sentenza n. 210/1987) - si rivela per quello che doveva essere: il grimaldello per disinnescare i pareri del ministero della Cultura e delle soprintendenze e consentire l'occupazione di paesaggio con le strutture fotovoltaiche ed eoliche. Nessuna considerazione, tra l'altro, per i rischi che la copertura di suolo oggi sta provocando ai microclimi in rapporto con le disastrose trasformazioni atmosferiche'": *ibidem*.

V., con l'occasione, G. RIVA, *Dilemma green. Paesaggio contro energia*, in *L'Espresso*, n. 30/2023, pp. 26 ss., nonché E. DAL BUONO, *ioc'ero*, ivi, pp. 12 ss., autore dei seguenti testi, che commentano immagini terribili di Oliviero Toscani: "La principale causa di inquinamento è il desiderio". "Nelle ciminiere delle centrali elettriche respira la nostra antica paura del buio". "L'inquinamento è il prezzo da pagare per un mondo a misura di uomo. Il terrore è il prezzo da pagare per un uomo a misura di mondo". "Da un punto di vista scientifico, una fabbrica non è meno naturale della barriera corallina". "La ciminiera è un cammino mannaro". "Le grandi religioni hanno sempre immaginato costruzioni slanciate verso il cielo: obelischi, campanili, minareti, ciminiere". "Combattere il capitalismo, comunque la si giri, è litigare con lo specchio". Per ancora qualcosa di peggio, se possibile, v. *ioc'ero*, in *L'Espresso*, n. 34/2023, pp. 12 ss. Tutto incontestabile! Pretendere di ricondurre la complessità delle cose a una formula impersonale ed asettica appare, davvero, ingenuo ed infantile. Risolutivo del nulla. Sotto questo profilo, le stesse pronunce della Corte costituzionale, che accertano e dichiarano l'esistenza di un Lep, vanno prese in seria considerazione con grande cautela, dal momento che riguardano un caso specifico e manca una visione d'insieme, finanche settoriale: che priva della possibilità di comparare e, quindi, di percepire i limiti del proprio assunto. D'altra parte, le sentenze della Corte costituzionale sono condizionate dal caso di specie e dipendono - se si ragiona in termini di Lea, ad es. - se i medesimi sono fatti valere dallo Stato o dalla Regione. Se è la Regione ad avvalersene, allora, si può leggere che "la chiamata dei docenti universitari e la conseguente integrazione dell'offerta formativa [che serve a porre rimedio alla carenza di medici, causa di enormi disagi, per non dire altro] non si pongono in rapporto di strumentalità con l'erogazione dei Lea" (sent. n. 132/2021, 2.3 del Considerato in diritto). Eppure, dei medici parla, ad ogni piè sospinto, il dpcm del 2017, mentre sono considerati Lep quelli procedimentali! Non è che le

b) Dunque, domina l'incertezza e, comunque, il bilanciamento tra paesaggio e ambiente è, davvero, problematico. Al pari delle scelte, che hanno ad oggetto la mobilità e la transizione energetica. Anche a questo proposito, è opportuno considerare non proposizioni normative di ogni specie e grado, che fanno parte della realtà, ma non sono la realtà; sebbene vicende, che consentono di conoscere qualcosa della realtà.

Infatti, "Qualcosa, nell'aria, sta cambiando. O, meglio, sta cambiando negli umori dei cittadini rispetto alla qualità dell'aria e ai relativi provvedimenti. Tutti d'accordo sulla necessità di fare qualcosa per l'ambiente, ma quando è il momento di esprimersi su che cosa possa essere utile, non tutti condividono le scelte dei pubblici amministratori"[36]. Il cielo si tinge di colori diversi, di bianco e di nero, fedeli al brocardo *tot capita, tot sententiae*. Lo rivelano "Due casi esemplari, di Paesi a noi vicini. In Francia, dove già i parigini hanno bocciato per referendum lo *sharing* dei monopattini, una pubblica consultazione condotta *online* dal Senato ha portato alla bocciatura delle ZFE-m, le zone di mobilità a basse emissioni, nelle quali la circolazione è limitata ai veicoli meno inquinanti. Su 51 mila votanti (cifra record per la Francia, che non ha un alto tasso di partecipazione), l'86% dei privati e il 79% di quelli dediti ad attività professionali ha detto no alle ZFE-m, giudicandole discriminatorie dal punto di vista sociale e territoriale. Che non sia un caso del tutto isolato lo dimostra anche il fatto che due terzi degli abitanti di dieci città svizzere si sono espressi, in un sondaggio, contro l'introduzione di un limite di velocità generalizzato di 30 km/h nelle aree urbane, preferendo una riduzione limitata alle strade secondarie sulla base di una norma nazionale, e non locale. E in Italia? Bologna ha annunciato con orgoglio l'esatto contrario, cioè la sua trasformazione dal 1° luglio in 'città a 30 all'ora', con il limite più basso imposto su tutte le strade, a eccezione di quelle di accesso e delle circonvallazioni. A Roma, invece, dove a novembre scatterà la Zona verde (…), la giunta del sindaco Gualtieri, pressata dalle proteste dei cittadini, ha fatto retromarcia, riammettendo la circolazione delle diesel euro 4, prima escluse, e della benzina euro 3"[37].

c) C'è, infine, un convitato di pietra, interessato all'insieme delle tutele accordate dalla Parte I della Costituzione. Sono le *future generazioni*, nominate per la prima volta da quando l'art. 9 Cost. è stato novellato dalla legge costituzionale n. 1/2022. L'innovazione fa espresso riferimento all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e agli animali[38]. Di essi, quindi, non

---

prestazioni sanitarie si erogano da sole? Al pari dell'ambiente, che si inquina da sé? Sicché, pretendere certezze ed enunciati serrati pare, davvero, eccessivo, perché coerenti con premesse inevitabilmente di carattere ideologico.

36 *Auto e ambiente, umori che cambiano*, in *Quattroruote*, n. 815, luglio 2023, p. 9.

37 *Auto e ambiente*, cit., p. 9. Istruttiva anche la lettura di G.L. PELLEGRINI, *Il vero obiettivo? La mobilità privata*, in *Quattroruote*, n. 815, luglio 2023, p. 1, e di F. PATERNÒ, *Se le tengono strette anche in America*, ivi, p. 10, nonché, ancora, di G.L. PELLEGRINI, *Sayonara. Dogmatismi*, ivi, pp. 150 ss., intervista al *chairman* del *board* Toyota, Akio Toyoda, e di T. CARBONI, *Prezzi alti e autonomia, l'auto elettrica va piano*, in *L'Espresso*, n. 34/2023, pp. 84 ss.

38 M. BERTOLISSI, *Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *federalismi.it*, n. 6/2023, pp. 24 ss.

Quanto alla denatalità e alle relative cause (di cui si parla poco, preferendo un ipocrita silenzio, che evita di affrontare ciò che quotidianamente si declama: la prevalenza dell'avere sull'essere), v., ad es., F. BARRA, *L'ansia dei giovani ora ha un nome*, in *L'Espresso*, n. 31/2023, p. 11, e V. FILIPPI, *La scuola che perde studenti*, in *Corriere del Veneto*, 18 agosto 2023, pp. 1 e 3. V., altresì, A. ROSINA, *Denatalità, agire subito per evitare il crollo*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 agosto 2023, p. 6 ("La riduzione delle giovani generazioni in rapporto alla popolazione minaccia la stabilità economica del nostro Paese"); G. POGLIOTTI, *Gli under 35 in pensione*

ci si può dimenticare quando si debbono definire i Lep ambientali. Fin d'ora, rilevo - anche alla luce delle osservazioni già delineate[39] - che i medesimi non possono essere né rispettati, né attuati se Stato e Regioni si avvalgono di apparati mal diretti, inefficienti, incapaci, per ciò solo di raggiungere - è quel che molto spesso accade, ad esempio, nel campo della tutela della salute - i Lep già predeterminati. Chi è chiamato ad occuparsi di ambiente e di ecosistema deve sentirsi impegnato verso le future generazioni, nelle cui mani si debbono lasciare istituzioni ben funzionanti. Sono tali gli enti che si caratterizzano per il buon governo e la buona amministrazione dei beni tutelati dall'art. 9 Cost., in particolare.

Pertanto, non si può trascurare, fin d'ora, questo problema, che si può precisare attraverso una domanda senz'altro non retorica: quanto contano e quanto pesano figli e nipoti nella risoluzione del problema in esame? A mio parere, dovrebbero indurre a un rigoroso rispetto della legge[40]: in poche parole, alla riscoperta o scoperta del valore istituzionale e costituzionale della legalità, che si impone a ogni soggetto pubblico, in ragione delle proprie competenze, le quali, in un simile contesto, assicurano non la rottura, ma la continuità tra gli enti indicati dall'art. 114, 1° co., Cost.

In gioco viene - non potrebbe essere altrimenti, come accennato un istante fa - il problema della *denatalità*, che finisce per trasferire sulle spalle di nascituri, infanti ed adolescenti oneri gravosissimi, che debbono essere tenuti nella debita attenzione, quando si favoleggia intorno al diritto ad un ambiente salubre, ad un ecosistema in equilibrio e via discorrendo, nascondendo a sé stessi e al prossimo il peso, psicologico ed economico-finanziario, di azioni positive in controtendenza. È un'amara realtà, da sempre sottovalutata, che ha generato, in passato, debito pubblico; definito, quindi, con triste e malaugurante ipocrisia, scostamento di bilancio[41].

---

a 74 anni con un assegno di mille euro netti, ivi, 10 agosto 2023, p. 9; D. FERRARA, *Manovra, priorità a lavoro e natalità*, in *il Giornale*, 23 agosto 2023, p. 10.

39 V. *sub* 2.

40 Il termine è usato in un'accezione generica.

41 AA.VV., *Il welfare per i figli*, in *la Lettura*, 13 agosto 2023, pp. 2 ss. V. la nota 38 e, soprattutto, anche a motivo di ciò che si dirà a proposito del dovere di non inquinare, che fonda il diritto a un ambiente salubre (v. *sub* 5, b, e 6), D. LUMERA, I. DE VIVO, *Ecologia interiore*, Milano, Mondadori, 2023, pp. 52 ss., là dove si sofferma sui "Cinque semi di ecologia interiore". Si nota, al riguardo, che "l'inquinamento dei mari e lo sfruttamento selvaggio delle risorse hanno origine nei nostri istinti egoici, distruttivi, nella rabbia, nella competizione sfrenata, nella mancanza di empatia, nell'inconsapevolezza profonda della natura della vita e delle sue leggi di interconnessione" (n. 1). Che "dobbiamo prendere urgentemente coscienza dell'impatto ambientale del nostro mondo interiore (della nostra interiorità) su quello esteriore e della stretta interdipendenza tra ambiente interno e ambiente esterno. Non è la plastica il maggior agente inquinante del pianeta e nemmeno il petrolio, il piombo o i pesticidi, ma la mente umana quando rinuncia a essere ecologica" (n. 2). Che "Il linguaggio verbale esacerbato e inconsapevole usato dai singoli, dai rappresentanti politici, dai media che se ne fanno portatori è estremamente velenoso. La mancanza di gentilezza e compassione nei nostri modi e nel nostro sentire è altamente tossica e si ripercuote sulla natura tutta" (n. 3). Che "Senza eliminare le disarmonie e gli atteggiamenti tossici che contaminano pensieri, emozioni, corpo, energia vitale, ricordi, che inibiscono la manifestazione dei nostri talenti e della nostra vocazione più profonda", "non possiamo risolvere davvero i problemi ambientali e climatici (…)" (n. 4). Che, per questo, "dobbiamo quindi adoperarci da subito per bonificare gli agenti inquinanti presenti nella nostra mente" (n. 5). Che tutto questo appartenga all'ordine del

4. Il documento del Sottogruppo n. 8

All'esito di riunioni plenarie della Commissione, dei Sottogruppi separatamente e dei coordinatori di questi ultimi, il Sottogruppo n. 8, al pari degli altri, ha predisposto un suo documento, sulla premessa che le materie dell'ambiente e dell'energia sono interessate dai Lep. Questa conclusione ha tenuto conto di un apprezzabile confronto di idee, di audizioni dedicate all'ambiente e dell'impegno di chi ha redatto il testo richiesto[42].

Il punto di partenza è costituito da quanto verbalizzato il 30 maggio 2023, a conclusione della riunione dei Sottogruppi: a proposito dei quattro requisiti necessari per individuare i Lep; circa l'esistenza di prototipi; relativamente all'impegno per il futuro.

Per quanto concerne il primo profilo, si è concluso che ambiente ed energia implicano l'erogazione di prestazioni, al fine di assicurare, in specie, "condizioni minime di salubrità ambientale", che implicano "una prestazione che produce effetti ampliativi" nella sfera giuridica del destinatario, sia esso il singolo, sia la comunità di cui fa parte.

Quanto al secondo profilo, senza dubbio si pongono in essere prestazioni idonee "a stabilire un rapporto tra amministrazione e privati, oltre la dimensione organizzativa". Il che caratterizza, appunto, i "servizi ecosistemici".

Quanto al terzo profilo - concernente i diritti civili e sociali -, si è ritenuto che vi sia attinenza: sia nella "dimensione individuale", che riguarda il cittadino-utente e l'impresa (si pensi all'esercizio delle funzioni e ai procedimenti in materia ambientale); sia nella "dimensione diffusa", che "poggia su di un riferimento più ampio ed onnicomprensivo coincidente con la generazione presente e quelle future in quanto 'fruitori' dell'ambiente". E si è aggiunto - opportunamente - che "L'operazione da compiere in tale ottica appare più complessa, ma di sicuro interesse per il Sottogruppo n. 8. Si tratta, infatti, di muovere dal diritto alla salubrità ambientale per declinarne alcuni corollari in alcuni ambiti specifici, quali ad esempio: il suolo e le politiche preordinate alla riduzione del consumo del suolo (che fa emergere un diritto alla preservazione di una porzione di suolo idonea a garantire il minimo vitale)"[43]; "la garanzia del diritto all'acqua; la problematica della riduzione dell'inquinamento atmosferico (cui si correla il diritto ad un minimo qualitativo per quanto riguarda l'aria)".

Che tutto ciò debba essere garantito su tutto il territorio nazionale - è il quarto profilo - si è ritenuto sia fuori discussione.

Si è aggiunto, poi - dopo aver accennato ai prototipi di Lep individuati dalla bozza di Lepta -, che, per quanto ci riguarda, ci si dovrà occupare di "una dimensione sistemica e 'di cornice', che eccede il livello della specificazione", dal momento che, invece, si tratta di ricostruire "macrolivelli essenziali di prestazioni con riguardo a funzioni individuate in chiave generale". Allo scopo, "Sembra, pertanto, necessario ricostruire, al di là dei Lepta, degli ambiti funzionali a livello 'macro' per poi individuare rispetto a tali ambiti dei Lep cui sono associate prestazioni da garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale"[44].

---

giuridico - anzi, che ne rappresenti la sostanza - è magistralmente spiegato da C. VIVANTE, *La riforma del codice di commercio*, in *Nuova Antologia*, 1923, pp. 161-162.

42 Lo si deve, in particolare, al generoso impegno e alla competenza di Emiliano Frediani.

43 Ma v. il caso deciso da Tar Campania-Salerno, *sub* 3, a), là dove si dà spazio al consumo del suolo, *ex* art. 9 Cost. novellato: per la difesa dell'ambiente e a danno del paesaggio.

44 Documento del 18 giugno 2023.

Fin d'ora osservo che questo ineccepibile piano di lavoro deve essere calato all'interno dell'ordinamento settoriale dell'ambiente[45]. Il quale è una parte, certo, del più ampio lavoro affidato alla Commissione; ma rappresenta, in realtà, il tutto: vale a dire, un sistema composito, articolatissimo, minutissimo, caratterizzato da una oggettiva commistione di aspetti giuridici e tecnici, nonché di interrelazioni con altre materie o suoi ambiti: ad esempio, con la tutela della salute e il governo del territorio, per non parlare d'altro, come si ricava dalla pura e semplice lettura del d.lgs. n. 152/2006 (Norme in materia ambientale: d'ora in poi, TUA), soggetto a continue rettifiche, integrazioni ed aggiornamenti. Il che conferma quel che si è già rilevato, a proposito di un ostacolo perennemente presente, riconducibile alla volubilità, che mal si concilia con l'esigenza di fondo, sottesa ai Lep: i quali vorrebbero, in sua vece, almeno una relativa stabilità delle norme legislative, se non anche di quelle di rango inferiore.

Queste ultime, comunque, rappresentano l'oggetto della disamina e, per questa ragione, ne vanno segnalati - in estrema sintesi - i relativi caratteri, che dipendono da quel che la materia, per sé stessa, esige. Non ci vuole molto a capire che altro è la salute, altro l'istruzione, altro l'energia e altro, appunto, l'ambiente, anche perché è in questo contesto che sembrano configurarsi, con maggiore vigore, le *tensioni nei rapporti tra generazioni*, da risolvere - a me pare - non con l'ottica del proprietario, ma con quella dell'amministratore[46]. Non attraverso promesse fallaci[47], ma per fatti concludenti, caratterizzati dal basso profilo e dalla concretezza. Governando bene la materia e bene amministrando.

5. L'ambiente: amalgama di fattori e di valori

Per evitare equivoci ed essere fedele al cenno dato poc'anzi, a proposito dell'approccio al tema in discussione, ricordo che - replicando una prassi in uso da tempo immemorabile, che si ispira al motto "nozze con i fichi secchi" - il legislatore è vittima di un'ossessione: ripete continuamente, che sì, si debbono fare grandi cose, ma - si raccomanda - "senza nuovi o

45 Dell'energia ci si occuperà in un secondo momento e la trattazione di questa ulteriore materia è da credere che beneficerà degli approfondimenti in atto.

46 M. BERTOLISSI, *Amministratori, non proprietari*, cit., pp. 24 ss. Soprattutto, FRANCESCO, *Laudato si'*, di cui sta meditando una integrazione, a causa degli eventi menzionati *sub* 1: I. SCARAMUZZI, *Il Papa e l'estate della crisi climatica: "Sto aggiornando l'enciclica Laudato si'"*, in *la Repubblica*, 22 agosto 2023, p. 20. Tuttavia, oltre ai grandi fenomeni (S. FINETTI, *L'avvocata e il magnate. Ecevador al ballottaggio dopo omicidi e terrore*, in *Corriere della Sera*, 22 agosto 2023, p. 13, riferisce che "L'affluenza è stata alta, sopra l'80%, perché i cittadini si sono espressi anche su due referendum per l'ambiente: uno per bloccare l'estrazione mineraria in una foresta vicino alla capitale, l'altro per vietare le trivellazioni petrolifere in un'area protetta dell'Amazzonia. Entrambi sono stati approvati". G. DE MARZO, *I diritti della terra nella Costituzione dell'Ecuador*, in *L'Espresso*, n. 36/2023, p. 49), ve ne sono di quotidiani, dall'incidenza negativa straordinaria, dovuti a una patologica produzione di rifiuti (v. *sub* 5), che si registra un po' dovunque, ma in misura eccedente ogni limite anche nella città di Roma: lo sa bene il frequentatore occasionale; la subisce chi vi risiede: *Foglietta denuncia sui social il degrado di Roma*, ivi, p. 19, ed E. DELLAPASQUA, *Gassmann dopo Foglietta: gli spot su Roma ripulita? Un'offesa*, ivi, 23 agosto 2023, p. 19, a rettifica di una dichiarazione burocratica del Comune, secondo il quale *no problem*! Attore è l'uomo, da educare al rispetto (doveroso) della "casa comune", cui si accennerà anche nel prosieguo.

47 Le vicende del Pnrr la dicono lunga: si scontano tutti i limiti di una Repubblica perennemente in affanno, prodigiosa nel delineare scenari futuri, mediocre in sede di consuntivo. Chiarito, a suo tempo, millimetricamente: v., infatti, M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., pp. 363 ss.

maggiori oneri a carico della finanza pubblica"[48]. Che è la via sicura per spendere alla grande, dilapidare e poi fallire, dal momento che - chiunque, non solo l'imprenditore - senza investimenti, appunto, fallisce. Del resto, è fallimentare lo *status quo* se si pensa soltanto agli effetti dell'insipienza, quale causa del dissesto idrogeologico, i cui danni si riparano, con altissimi costi, *ex post*. Eppure, di mezzo c'è il bene della vita. L'ambiente - mi limito a questa semplice parola - è il suo *habitat*.

Per giustificare - a prescindere dalla loro bontà, che ci può essere oppure no[49] - le conclusioni cui sono pervenuto[50], credo sia opportuno dar conto, con un cenno, dei tratti peculiari della materia, *secundum legem*[51].

a) Le fonti, innanzi tutto, sono molteplici e di vario rango.

A livello costituzionale, oltre all'art. 9, 3° co., nel testo novellato dalla legge costituzionale n. 1/2022, di ambiente si parla, pure, nell'art. 41, 2° e 3° co., aggiornato con il medesimo atto. Tuttavia, strettamente correlati con questi disposti sono anche l'art. 32[52] e l'art. 117, 2° co., là dove, alla lett. s), attribuisce allo Stato la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", mentre il 3° co. stabilisce che è oggetto di potestà legislativa concorrente la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali (…)".

Per parte sua, l'Unione europea ha approvato e via via aggiornato una serie rilevantissima di direttive, che hanno interessato i molteplici settori, che concorrono a formare ciò che attiene all'ambiente. Alle medesime lo Stato ha dato attuazione con proprie fonti primarie, ove discordi sanzionabili e sanzionate dal Giudice comunitario. Ad ogni buon conto, si può convenire sul fatto che "Le nozioni di vertice della disciplina sono in massima parte attribuibili alla normazione europea, onde costituiscono delle 'invarianti', nel senso che allo Stato membro non è consentito di scostarsi dalle definizioni espresse dalle direttive e dalla ricostruzione degli istituti contenute nelle sentenze della Corte di giustizia"[53]. Il che non accade per materie sottratte ad una competenza diretta dell'Unione europea: lo sono, ad esempio, l'istruzione, la tutela della salute, il coordinamento della finanza pubblica.

Lo spazio più ampio - da collocarsi sul versante dell'attuazione delle fonti predette - è riservato allo Stato, il quale fa ricorso sia alla legge, sia agli atti aventi forza di legge, in taluni periodi connotati da grande intensità. Si pensi - vale la pena di non trascurare questo aspetto davvero significativo - alle "novelle introdotte dalle leggi nn. 120/2020, 55/2021, 168/2021, 233/2021, 25/2022, 34/2022 e 91/2022, tutte finalizzate alla semplificazione dei procedimenti autorizzatori ambientali", le quali - contraddittoriamente - hanno fatto sì che "il proclamato

48 V. art. 2, 3° co.; art. 8, 1° co.; art. 13, 3° co., del TUA.

49 Chiarisco, fin d'ora, che di quel che scrivo sono convinto; ma non pretendo che altri lo debba essere. Per carità! Ed, anzi, a motivo del breve tempo a disposizione, ho scelto - come ho accennato alla nota 11 - di rifarmi agli studi condotti, che ho svolto, sempre, attenendomi, innanzi tutto, ai fatti. Già questo è un metodo di lavoro, che non consente di invocare e discutere argomenti altrui, elaborati alla luce del primato assoluto del dettato normativo: vale a dire, delle parole.

50 Nel mese di agosto dell'anno 2023.

51 Lo ribadisco, dal momento che, non infrequentemente, la linea di demarcazione tra ciò che è *in rerum natura* e ciò che è *in mente Dei* non solo non è netta, ma è confusa; se non, volutamente o colpevolmente, equivoca. Oltretutto, nuove o altre idee e concezioni sono tutt'altro che certe; senza dubbio, sistematicamente o quasi, smentite dagli accadimenti.

52 Riguarda la salute. La giurisprudenza non ha mancato di derivare da questa tutela il diritto soggettivo ad un ambiente salubre: v. *infra*.

53 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 171.

snellimento è stato realizzato soltanto con il ricorso all'accelerazione dei procedimenti, al contempo incrementandone la complessità, con il prevedibile effetto contrario all'obiettivo dichiarato dalle leggi"[54]. È un equivoco, dal quale è indispensabile uscire proprio quando si pensa ai Lep[55].

Seguono, quindi, le leggi regionali, destinate ad operare nell'ambito dei limiti predeterminati dalla legge statale.

b) Le fonti predette stanno nelle mani della giurisprudenza: comunitaria, costituzionale, del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

In disparte i distinguo, che non possono mai mancare, mi limito a richiamare qualche frammento della sent. n. 85/2013 della Corte costituzionale[56], che mi sembra dia conto delle peculiarità della materia ambiente. Infatti, essa afferma che è necessario "un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso". D'altra parte, "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri"[57].

Dunque, l'ambiente - materia trasversale - è particolarmente votata al bilanciamento, che pare escludere, in linea di massima, la possibilità-razionalità di stabilire assetti, parametri, indici, tali da irrigidire l'azione dei pubblici poteri e dei privati, essendo entrambi chiamati ad applicare norme giuridiche e norme tecniche assai particolareggiate *cum grano salis*, attenti a come si pone il caso concreto[58].

c) Del resto, per quanto dottrina e giurisprudenza si siano sforzate di farlo, l'ambiente è materia dai confini non precisamente definibili; attraversata da forti pulsioni; condizionata,

---

54 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 7. L'autore aggiunge che, "Ancora una volta, il legislatore si è accanito sul complesso normativo ambientale, riformulando disposizioni già disciplinate, dimostrando l'assenza di un vero disegno riformatore come pure l'incapacità di dare attuazione coerente agli impegni assunti di realizzare la *smart regulation* più volte proclamata ma sempre disattesa".

55 Spesso si è richiamato - nel corso dei vari incontri - il Pnrr. Paolo Dell'Anno, a questo proposito, chiosa così: "Appare plausibile ritenere che il legislatore non sia consapevole dei nodi gordiani che dovrebbero essere recisi per ottenere il risultato assunto come obiettivo del Pnrr, vale a dire il significativo incremento della messa in esercizio di impianti energetici a fonti rinnovabili e della quadruplicazione della potenza elettrica prodotta". Inoltre - si tratta di un'osservazione, che si collega alla recente sentenza del Tar Campania-Salerno, di cui si è detto *sub* 3, a) -, "Alla rigidità dei vincoli ambientali, paesaggistici e culturali preesistenti, infatti, ne sono stati aggiunti altri, esaltando ancora di più la discrezionalità amministrativa e tecnica affidata alle amministrazioni pubbliche": in *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 7.

56 Relativa all'Ilva di Taranto.

57 Le pronunce del Giudice delle leggi sono numerosissime: v., ad es., sent. n. 85/2013 e sent. n. 58/2018, contrarie all'idea di un diritto "tiranno".

58 La qualità dell'ambiente è data - mi si perdoni la banalità - da una serie illimitata di casi concreti, di grande o modesta rilevanza, valutati e decisi o con sapienza o con insipienza. Il resto attiene alla dimensione dei dialoghi sui massimi sistemi: tipo *Programma economico nazionale 1965-1970*, approvato con la legge n. 685/1967, cui si vorrebbe fare - quanto allo stile - continuamente ricorso, pure ora; atto definito e rimasto un "libro dei sogni". V., in proposito, le inusuali, forti critiche di L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 203 ss.

nei contenuti, dall'evolversi degli eventi, dalla loro imprevedibilità, da vere e proprie, inevitabilmente soggettive, visioni del mondo. In linea di massima, in ogni caso, quantomeno il diritto ambientale lo si può definire come l'insieme di norme che pongono limiti (negativi o positivi) alle attività dell'uomo (qui considerato come singolo o associato; privato o pubblico), in modo tale che non siano arrecati danni all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e agli animali (*ex* art. 9, 3° co., Cost.), né al paesaggio (*ex* art. 9, 2° co., Cost.), "nell'interesse delle future generazioni" (*ex* art. 9, 3° co., Cost.).

A ben vedere, qui è delineato, in senso attuale, il concetto di Costituzione: la quale è scritta, vivente o materiale; ma è, soprattutto ed essenzialmente, un patto che vincola reciprocamente le generazioni tra loro. Ed è per questo che sono persuaso del fatto che l'unico rimedio - vero Lep, destinato non a valere per tutti, ma ad essere attuato da tutti[59] - risiede nel buon governo e nella buona amministrazione[60].

d) Impegnati - lo stabilisce la Costituzione - nell'onerosa prova sono lo Stato e le Regioni[61]. Nell'ottica dell'art. 116, 3° co., Cost., è bene ricordare che la giurisprudenza costituzionale non ha mai dubitato del fatto che "la disciplina ambientale" appartiene alla "competenza esclusiva dello Stato", in forza di ciò che prevede l'art. 117, 2° co., lett. s), Cost. Essa, pertanto, "costituisce un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza". Sicché, esse "non possono in alcun modo derogare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato"[62]. Tutto ciò, per una ragione, che si è resa esplicita proprio con riferimento ai Lep: "Infatti, il divieto di intervenire con efficacia innovativa sulla disciplina nazionale non è soltanto connesso inscindibilmente con l'assetto costituzionale delle competenze, ma deriva dalla necessità che principi fondamentali e criteri uniformi non siano derogati dalle Regioni, in violazione della disposizione contenuta nell'art. 117, comma 2, lett. m), che riserva alla potestà legislativa statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"[63].

Tuttavia, è il caso di osservare che, in questo contesto, il richiamo alla categoria dei livelli essenziali vien fatto presupponendo che questi coincidano con misure precise, quali sono gli standard uniformi di tutela, non identificabili e definibili in ogni circostanza, i quali, peraltro, fanno sì che la normativa regionale debba "garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia ambientale"[64]. Alle Regioni è concessa la facoltà di assicurare "norme di tutela più elevate"[65].

Comunque sia, ciò che conta è che le Regioni sono vincolate al rispetto delle determinazioni statali, le quali mirano ad assicurare, in via preventiva ed astratta, l'eguaglianza, sulla cui consistenza, in concreto, incidono una serie articolata di fattori[66]: destinati o a generare eguaglianza; o a mantenere intatte, nel tempo, le diseguaglianze; oppure a incrementarle. È la realtà, che si discosta dalla narrazione, la quale si limita a considerare soltanto la Costituzione e le altre fonti del diritto, per quel che promettono.

---

59 È un'utopia, ma senza utopie - è noto - non c'è futuro.

60 Come ho ribadito più volte.

61 Quanto alle disposizioni costituzionali, cui riferirsi, v. *sub* a).

62 Corte cost., sent. n. 214/2008, a riprova di un orientamento consolidatissimo.

63 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 5, con puntuali e diffusi richiami della giurisprudenza costituzionale.

64 Corte cost., sent. n. 63/2020.

65 Corte cost., sent. n. 88/2020.

66 V. *sub* 2, c).

e) Sintomo inequivocabile di un incerto procedere e di innegabili esigenze di mutare usi e costumi - nella versione meno elegante, di cambiare abitudini - è la cosiddetta economia circolare, che coinvolge anche i beni protetti dall'art. 9 Cost. Ricordo a me stesso - nell'intento di rendere espliciti argomenti, che è opportuno non trascurare - che essa "rappresenta una sintesi verbale di molteplici concetti: essa coinvolge, infatti, non solo profili di politica ambientale ma anche di politica economica, industriale, ed anche sociale, che sottendono una nuova visione non solo della tutela dell'ambiente ma soprattutto dello sviluppo sostenibile del pianeta"[67]. Ecco, il parametro-obiettivo rappresentato dallo sviluppo sostenibile a me pare sia decisivo, proprio ove si considerino non i Lep in generale; né Lep relativi ad altre materie, già definiti[68] o da definire, ma i Lep ambientali, sulla base delle riflessioni delineate dal Sottogruppo n. 8[69].

Questa conclusione-premessa[70] la si comprende meglio se si considera che "L'economia circolare sostituisce il tradizionale modello di economia lineare caratterizzata dalla filiera 'approvvigionamento, produzione, consumo, scarto', mediante un utilizzo delle risorse più efficiente (materie prime, energia, spazio/territorio, consumo equilibrato e consapevole) in direzione della rinnovabilità"[71]. Dunque, avanti con le fonti rinnovabili, meno con il paesaggio. Rilievo, questo, che giustifica la conclusione, per cui "L'economia circolare rende indefettibile ed urgente un riordino complessivo della legislazione ambientale nazionale, che riduca la complessità e la contraddittorietà tra di loro delle normative di settore, riformi l'assurda tesi del '*tutto è rifiuto*' che incita alla massimizzazione del principio dell'economia lineare 'prendere produrre gettare'"[72].

Se ci si ricorda, per un istante, di quale è il debito pubblico del nostro Paese - lo si denominava, non a caso, debito sovrano -, credo non sia avventato o superficiale concludere che il desco non sarà colmo di aragoste, ma di sarde.

f) Se qualcuno nutre qualche dubbio, in proposito, è sufficiente elencare quali sono i principali settori del diritto ambientale: senza alcun intento di completezza, ma non è questo che conta.

---

67 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 9. Fin d'ora, è bene tener conto di un opportuno richiamo offerto da D. LUMERA, I. DE VIVO, *Ecologia interiore*, cit., p. 408. Vi si legge che "Uno sviluppo sostenibile deve quindi prendere in considerazione quattro aspetti fondamentali: 1. l'impatto dell'essere umano sull'ambiente (non deve superare la capacità di carico della natura, ovvero di sostenere le necessità di un certo numero di individui, smaltendo al contempo i rifiuti da essi prodotti); 2. l'utilizzo delle risorse rinnovabili rispettando la loro velocità di rigenerazione; 3. la produzione e immissione di sostanze inquinanti entro i limiti della capacità di assorbimento dell'ambiente naturale; 4. il prelievo di risorse non rinnovabili deve essere bilanciato dalla produzione di una pari quantità di risorse rinnovabili, in grado di sostituirle. - C'è quindi uno stretto legame tra la dimensione economica, sociale e istituzionale e la tutela delle risorse naturali, al fine di soddisfare i bisogni delle generazioni odierne senza compromettere le risorse necessarie a quelle future".

68 Alludo ai Lea.

69 V. *sub* 4.

70 Mi sono chiesto più volte se l'autore dell'art. 117, 2° co., lett. m), Cost., quando ha formulato l'enunciato, fosse consapevole di ciò che intendeva con esso, e di quali ne sarebbero potute essere le declinazioni. Rapportato ai casi della vita - a mio parere -, rimane nulla di più che un auspicio. Lo prova la storia della Repubblica. V. la nota 89.

71 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 10.

72 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 11.

- *Scarichi e tutela delle acque*: TUA (in particolare, artt. 73-140 e 141-169), cui ha fatto seguito una serie sterminata di interventi modificativi, integrativi e soppressivi, generati dalle ragioni più varie[73]. Per dare un'idea sommaria della complessità dei fenomeni considerati, ci si occupa delle acque reflue (domestiche, urbane, industriali, assimilabili alle acque reflue domestiche), dei corpi recettori, dei valori-limite di emissione, degli scarichi in acque superficiali, degli scarichi sul suolo, degli scarichi nel sottosuolo e nelle acque sotterranee, degli scarichi in reti fognarie, degli scarichi in acque superficiali e via dicendo. Inutile ricordare che, a monte, esiste una molteplicità di direttive comunitarie e che su innumerevoli questioni, anche di minuto ma non insignificante dettaglio, si sono pronunciate le autorità giudiziarie: in primo luogo, il giudice penale[74]. Valgono, al riguardo, analitiche procedure.

- *Inquinamento del suolo e sua bonifica*: TUA (se ne occupa la Parte IV), successivamente modificato e più volte integrato. Anche a questo proposito, sono degne di nota le rigorose procedure, di cui, tra l'altro, agli artt. 242 (procedura ordinaria), 242-*bis* (semplificata) e 242-*ter* (interventi e opere nei siti oggetto di bonifica). Da non dimenticare la netta distinzione che corre tra soggetto responsabile e proprietario non responsabile, gravida di conseguenze per l'amministrazione pubblica, destinata a farsi carico - è il contribuente che paga - della bonifica dei siti inquinati, secondo quanto prevede l'art. 250 del TUA. È inutile parlarne perché chiunque è informato ed apprende, ogni giorno, di sequestri di discariche abusive, che hanno prodotto - non è che un esempio - le "terre dei fuochi": assenti, ovviamente, i controlli preventivi.

- *Rifiuti*: TUA (Parte IV), il quale - come taluno ha giustamente notato - "si limita ad un mero rinvio alle norme speciali dettate per i rifiuti a riciclo necessario (di usati, batterie esauste, rifiuti da imballaggio), i policlorobifenili (p.c.b.), i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (r.a.e.e.), i rifiuti portuali, gli autoveicoli dismessi e da rottamare, i rifiuti sanitari, i rifiuti contenenti amianto, senza effettuare alcun coordinamento, neanche di natura formale"[75].

Di rilievo - ai nostri fini -, la sottolineatura che segue: "il d.lgs. 152/2006 conferma l'inerenza di pubblico interesse nelle attività di gestione dei rifiuti (art. 177, comma 2), richiama - accanto ai principi europei di precauzione, prevenzione, chi inquina paga - anche quelli di sostenibilità, proporzionalità, responsabilizzazione e cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti, precisando che la gestione dei rifiuti è effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza (art. 178, comma 1)"[76]: che è, esattamente, quel che conta, per qualunque materia, quando si tratta di esercitare funzioni e di gestire risorse.

- Quel che precede è più che sufficiente per documentare la complessità dei fenomeni disciplinati, destinati ad influire sulla qualità della vita delle persone, presenti e future. Tuttavia, per pura memoria, sono andati via via assumendo un rilievo ed un peso economico-istituzionale ulteriori forme di inquinamento: atmosferico, acustico, elettromagnetico e

73 V., ad es., le leggi n. 130/2018, n. 55/2019, n. 141/2019, n. 27/2020, n. 40/2020, n. 77/2020, n. 159/2020, n. 233/2021 e n. 51/2022.

74 V., ad es., Cass. pen., sez. III, sent. n. 11518/2019; sent. n. 23182/2020; sent. n. 1719/2021 e sent. n. 18385/2021.

75 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 168.

76 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 169.

luminoso; mentre preoccupano i gas refrigeranti ozono-lesivi e ad effetto serra; le attività a rischio di incidente rilevante; le sostanze e miscele pericolose, disciplinate da leggi speciali[77].

g) La normativa ambientale è andata conformando *istituti*, la cui ragion d'essere è quella di consentire, al privato e alle pubbliche amministrazioni, attività potenzialmente lesive dell'ambiente e dell'ecosistema, una volta che siano effettuate specifiche ed appropriate valutazioni preventive. Di esse si occupa, principalmente se non esclusivamente, il TUA, con una disciplina, che si caratterizza per aver dato il più ampio risalto al principio di specificazione: anche se molto spazio è lasciato, forse più del dovuto, alla discrezionalità amministrativa, essendo le varie decisioni, oggettivamente connotate da una discrezionalità tecnica, se non, addirittura, da un agire doveroso[78].

Per dirla, in poche parole, ci si sta riferendo, tra l'altro, alla valutazione ambientale strategica (VAS), alla valutazione d'impatto ambientale (VIA), all'autorizzazione integrata ambientale (AIA), i cui tratti salienti sono definiti dall'art. 5 del TUA; nonché all'autorizzazione unica ambientale (AUA), destinata a semplificare le procedure e a ridurre gli oneri per le piccole e medie imprese[79].

Si tratta di istituti, in larga misura di matrice comunitaria, analogamente strutturati, contraddistinti da un'estrema analiticità. Ad esempio, quanto alla VAS, ecco le rubriche degli articoli del TUA: modalità di svolgimento (art. 11), verifica di assoggettabilità (art. 12), redazione del rapporto ambientale (art. 13), consultazione (art. 14), valutazione del rapporto ambientale e degli esiti e risultati della consultazione (art. 15), decisione (art. 16), informazione

---

77 Per avere un'idea, sintetica ma chiara, dei fenomeni evocati e della loro rilevanza, in una prospettiva di regola trascurata, v. D. LUMERA, I. DE VIVO, *Ecologia interiore*, cit., pp. 35 ss. Sono elencati otto tipi di inquinamento ambientale. I primi sette sono i seguenti: termico, acustico, atmosferico, elettromagnetico, idrico, marino e del suolo. L'ottavo è quello mentale, considerato "l'agente tossico principale". Perché, "L'agente inquinante più tossico non è il cadmio, il cromoesavalente, il piombo, non sono i pesticidi, o le emissioni di anidride carbonica, ma la mente umana. Sono le sue idee, le sue meccaniche e dinamiche ad alterare pesantemente la biosfera. Quando la mente non è ecologica, i disastri che ne derivano mettono a repentaglio l'intera sopravvivenza non solo della specie umana ma dell'intero ecosistema. Guardando le distese di plastica che invadono i mari, come l'immensa isola del Pacifico, stiamo semplicemente osservando una manifestazione del disordine e della mancanza di armonia presente nella mente umana. L'agente inquinante reale non è dunque la plastica ma la mente non ecologica dell'uomo, che l'ha concepita, la produce seguendo leggi di mero profitto, la utilizza smodatamente e soprattutto l'abbandona inconsapevole o incurante delle conseguenze. Per trovare soluzioni reali e durature capaci di affrontare seriamente le alterazioni ambientali e la crisi climatica bisogna quindi bonificare *in primis* la mente umana. Questa trasformazione ecologica può essere supportata da una nuova educazione alla consapevolezza, capace di unire scienza d'avanguardia e valori e saggezza delle antiche tradizioni sapienziali" (ivi, p. 37, ove si spiega in che consiste il *littering*: "il gettare i rifiuti a terra o in acqua ha conseguenze tragiche sull'ambiente. Tra queste: l'intossicazione delle fonti idriche; l'inquinamento da spazzatura che, oltre a rovinare la bellezza di un luogo, porta germi e malattie e può causare incendi; la morte di milioni di animali; l'inquinamento di suolo, aria e acqua. Il 60% dell'inquinamento di fiumi e mari, con le sue conseguenze sulla vita marina, è attribuito ai rifiuti e al *littering*"). V., inoltre, R. GIUGNI, *Penultimo giorno per l'economia*, in *la Repubblica*, 18 agosto 2023, p. 27, in margine a una bozza governativa, riguardante un piano del mare.

78 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., *passim*.

79 L'AUA è disciplinata da una nutrita serie di leggi, atti aventi forza di legge ed anche dpcm. V., ancora, P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., pp. 104 ss.

sulla decisione (art. 17), monitoraggio (art. 18). A conferma di quel che ho affermato un istante fa, per la VIA si stabiliscono: modalità di svolgimento del procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA (art. 19), consultazione preventiva (art. 20), definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale (art. 21), studio di impatto ambientale (art. 22), presentazione dell'istanza, avvio del procedimento di VIA e pubblicazione degli atti (art. 23), consultazione del pubblico, acquisizione dei pareri e consultazioni transfrontaliere (art. 24), inchiesta pubblica (art. 24-*bis*), valutazione degli impatti ambientali e provvedimento di VIA (art. 25), integrazione del provvedimento di VIA negli atti autorizzatori (art. 26), fase preliminare al provvedimento autorizzatorio unico regionale (art. 26-*bis*), provvedimento unico in materia ambientale (art. 27)[80], provvedimento autorizzatorio unico regionale (art. 27-*bis*)[81], monitoraggio (art. 28), sistema sanzionatorio (art. 29). Un'articolazione equivalente è per l'AIA[82].

I termini assegnati alla parte proponente e all'autorità competente sono perentori; mai - per quanto ho potuto constatare - ordinatori; tutt'al più, sollecitatori. Non vedo, anche per questo, spazio per Lep: si converrà che sono, eventualmente, Lep procedimentali[83].

6. Dal dettaglio ai principi: ipotesi di Lep ambientali

A ben vedere - come ho già avuto occasione di accennare[84] -, di Lep ambientali si è parlato e scritto in generale, e si è preferito dare spazio ad aspirazioni: vale a dire, sottolineare esigenze universalmente condivisibili, a cominciare da quella, resa esplicita anche dalla Corte costituzionale, relativa al "diritto all'ambiente salubre"[85]. Quanto ai doveri, nemmeno una parola, secondo tradizione[86].

Ora, come si è visto[87], il legislatore ambientale ha indicato, tra i principi, quelli di matrice europea, di precauzione, di prevenzione e di "chi inquina paga". Ad essi ne ha aggiunti di ulteriori, quali i principi di sostenibilità, proporzionalità, responsabilizzazione e cooperazione, in coerenza con quanto previsto dal testo originario della legge n. 241/1990 e dalle successive integrazioni avvenute nel corso del tempo. Tutti questi, nel loro insieme, sono - utilizzo la rubrica dell'art. 1 - *principi generali dell'azione amministrativa*. Generici? Affatto, al pari del principio di buona fede, previsto dal codice civile, che un'autorevole dottrina ha considerato il "polmone" del diritto civile[88]. Se non fosse mediamente rispettato, che ne sarebbe delle

80 Che invito a leggere: per quel che stabilisce, per come è redatto e per le modifiche subite nel tempo.

81 Vale il rilievo della nota 77.

82 V. le note 77 e 78: l'art. 29-*quater* (procedura per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale) non è da leggere: basta guardarlo.

83 Se ne è fatto cenno nel documento del Sottogruppo n. 8 del 18 giugno 2023. V. il testo, cui è riferita la nota 42, e la nota stessa.

84 V. *sub* 3.

85 V. *sub* 5, b) e *passim*.

86 Basta scorrere un qualunque manuale di diritto costituzionale per constatare la fondatezza di questo inciso. Di recente, c'è chi ha scritto di doveri: ma è una semplice contromoda, perché i doveri, presi sul serio, sono, appunto, una cosa seria, che ha a che fare, in primo luogo, con l'educazione ad essere *cives*, perlomeno dignitosi.

87 V. il testo, cui è riferita la nota 76, ove è ripresa una opportuna annotazione di Paolo Dell'Anno.

88 A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2012, ad es., pp. 662 ss. Il codice si guarda bene dal definirla (mentre i contemporanei preferiscono definire tutto: v. art. 5 del TUA, di vago sapore

relazioni intersoggettive e delle imprese, votate al fallimento? Ma questa sanzione non fa parte, se non formalmente, della logica impersonale ed irresponsabile del diritto pubblico, ove non si paga mai il prezzo di scelte insipienti e, quando qualcuno paga, è una mosca bianca, da sanzionare ferocemente, allo scopo - è la famigerata deterrenza, moltiplicatore di discriminazioni - di dare un esempio. Sia o meno scritto nei libri, questo è il portato dell'esperienza.

Ebbene, a mio parere, presupposto indefettibile per attuare ciò che dispone l'art. 117, 2° co., lett. m), Cost.[89], alla luce di quel che si è andati dicendo[90], è valorizzare la Parte I del TUA, che reca *Disposizioni comuni e principi generali*. L'attenzione cade, essenzialmente, su alcuni principi, che hanno specifica attinenza con l'ambiente[91].

a) Il *principio dello sviluppo sostenibile*. Attualmente, si è andato estendendo dall'uomo (secondo una visione antropocentrica) a tutti gli esseri viventi (comprensivi della fauna e della flora), assumendo la visione prospettica del futuro e, quindi, dedicando una doverosa attenzione alle "future generazioni" (*ex* art. 9, 3° co., Cost.). In esso, si può dire che tutto si riassuma, perché è il vero polmone dell'ambiente: suo tramite, il dettato normativo, da proposizione inerte, diviene regolatore della vita e criterio di definizione dei rapporti tra generazioni. È il presente, proiettato nel futuro. Di esso, ne ebbe a parlare, per primo, il Rapporto Brundtland del 1987. Quindi, tra gli altri, se ne sono occupati la Conferenza di Rio del 1992 e l'Assemblea generale delle Nazioni unite nel 2015 (Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile). Il suo inserimento nel TUA risale al 2008[92].

Si tratta dell'art. 3-*quater*, il quale va letto con grande attenzione, perché pone - contrariamente a quel che si afferma da taluno in tema di prescrittività[93] - precisi criteri di

---

illuministico). Terrorizzati dall'incertezza, la producono a getto continuo: v. M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., *passim*. Per un caso, curioso e grave, v. pp. 94-95.

89 Mi guardo bene dall'avventurarmi sul sentiero infido dell'analisi testual-lessicale del relativo enunciato, composto di queste parole ed espressioni: sono - come si sa - *determinazione* (fin qui, forse, nessun problema), *livelli essenziali* (minimi, si dice, ma rispetto a che cosa e in quali condizioni? Tutto è rimesso al decisore politico, che deve fare i conti con la propria ricchezza o miseria), *concernenti* (riguardanti? relativi a? può anche andare), *diritti civili e sociali* (a tavolino ci si può anche accordare sul loro significato. Ma, in concreto, nei casi della vita, distinguerli non è sempre agevole, anche perché intrecciati; e la loro estensione dipende dalle vedute insindacabili di ciascuno, che ha il diritto di essere affezionato alle proprie idee), *garantiti su tutto il territorio nazionale* (normalmente, si pensa che garantirli equivalga a determinarli, come è nel caso dei Lea, appunto: basta elencarli. Ma l'effettività dipende da ben altro - v. *sub* 1 e, quindi, meno sinteticamente, *sub* 2, c -, vale a dire da un insieme di fattori extragiuridici, che hanno un rilievo giuridico strategico). V. le considerazioni delineate *sub* 9.

90 In particolare, *sub* 5.

91 Altri, quali i principi: relativi alla produzione del diritto ambientale (art. 3-*bis*), di sussidiarietà e leale collaborazione (art. 3-*quinquies*), il diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo (art. 3-*sexies*) e di interpello in materia ambientale (art. 3-*septies*), non sono tipici della materia.

92 Lo si deve all'art. 1, 2° co., del d.lgs. n. 4/2008.

93 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 169, scrive: "Siffatti principi non possono rivestire efficacia diretta, costituendo piuttosto un criterio ordinatore dell'azione degli Stati membri e dunque delle pubbliche amministrazioni". Dunque, una volta che lo Stato ha legiferato, come è nel caso in questione, le pubbliche amministrazioni si debbono adeguare, attraverso un uso qualitativamente elevato dei propri poteri, da allineare secondo i parametri valoriali indicati dall'art. 3-*quater* del TUA.

azione. Infatti: *1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. - 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. - 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. - 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane*.

Questa visione strategica dello sviluppo sostenibile è ripresa dal d.lgs. n. 190/2010[94], il cui art. 12, 5° co., nell'attribuire al ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica (già della Transizione ecologica) l'onere di elaborare uno o più programmi di misure allo scopo di realizzare o mantenere un buon stato ambientale, prevede che, in sede istruttoria, destinata all'elaborazione dei programmi previsti, sia tenuto "in debita considerazione il principio dello sviluppo sostenibile" e siano considerati, in specie, gli "impatti socio-economici delle misure". Tacendo d'altro, è il caso di ricordare anche un significativo cambio di denominazione di un comitato interministeriale - disposto dalla legge n. 141/2019 -, il quale, a decorrere dal 1° gennaio 2021, è chiamato Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile[95]. Né si dimentichino i richiami espressi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[96] e nel Trattato dell'Unione europea[97].

b) Il *principio del "chi inquina paga"*. È formalizzato dall'art. 3-*ter* del TUA[98], il quale si esprime così: *1. La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio 'chi inquina paga' che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato dell'Unione europea, regolano la*

94 Recante "Attuazione della Direttiva n. 2008/56/CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino".

95 Non più, quindi, Cipe, ma Cipess.

96 L'art. 37 stabilisce che "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile".

97 Artt. 3, 3° e 5° co.; 21, lett. d) e f). A conferma del fatto che questo principio è, quanto ad ampiezza, privo di confini, v., ad es., di recente, M. ONADO, *Effetti perversi della globalizzazione*, in *Il Sole 24 Ore - Domenica*, 6 agosto 2003, p. II; F. CIAMPI, *Il fattore ambientale e sociale è strategico per le imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 agosto 2023, p. 12; S. GATTI, M. VINZIA, *La direttiva Ue impone scelte ecologiche e controlli ex post*, *ibidem*; S. CIAFANI, *Lotta alla crisi climatica. L'Italia con il freno a mano, ma bisogna accelerare*, in *Corriere della Sera*, 22 agosto 2023, p. 31; E. GIOVANNINI, *Asvis e scuole, la sostenibilità è sui banchi*, *ibidem*.

98 La cui rubrica è "Principio dell'azione ambientale".

politica della Comunità in materia ambientale[99]. Il TUA lo riprende in numerose disposizioni, relative all'inquinamento idrico[100] e ai rifiuti[101], al pari di altre numerose leggi[102]: a conferma del fatto che si tratta di un principio a dir poco vitale.

La giurisprudenza - comunitaria, costituzionale, civile, penale e amministrativa - è stata chiamata, ripetutamente, ad occuparsi di una serie innumerevole di casi, data la rilevanza oggettiva, riferibile al singolo e alla comunità, dell'inquinamento e dei danni, che la sua incontrollata diffusione arreca. Qui, tuttavia, è opportuno limitarsi ad accennare a una fattispecie rivelatrice, che attiene al danno e alla sua risarcibilità teorica (integrale) e concreta (parziale, se non nulla).

Di per sé, il principio in questione, considerato dal punto di vista della responsabilità penale ed anche civile, rende operante la medesima responsabilità, ad esempio, per una corretta gestione dei rifiuti, ponendola a carico di quanti sono coinvolti nella produzione, detenzione, trasporto e smaltimento. Tutto ciò, in applicazione dei principi, di carattere generale, di responsabilizzazione e di cooperazione, ai sensi degli artt. 178 e 188 del TUA e, specificamente, dell'art. 174[103]: principi, che si estendono ad ogni ambito, interessato da fattispecie di danno ambientale. Tuttavia, non si può trarre da questa massima la conseguenza che il danno prodotto sarà senz'altro ristorato. Infatti - per ragioni elementari di giustizia, le quali, all'occorrenza, riducono assai l'operatività pure di regole draconiane -, si debbono fare i conti, ancora una volta, con la realtà, la quale deve necessariamente distinguere tra l'autore dell'inquinamento e il responsabile dell'inquinamento: ove quest'ultimo non sia in grado di pagare, la misura del danno sarà, per il proprietario, ridotta, a seconda delle situazioni concrete e delle circostanze, di cui qui non è il caso di parlare[104].

Ma una simile conclusione ha uno sbocco necessitato sì, ma grave: a pagare sarà "l'intera collettività"[105]; vale a dire, tutti, meno che i veri responsabili, i quali assumono la veste di nessuno. E questo tutti-nessuno - sintomo di una strutturale, endemica violazione delle più elementari ragioni di giustizia[106] - consente di riprendere, nell'ottica, ancora una volta, del realismo, la massima "diritto all'ambiente salubre"[107], la quale non può essere disancorata dall'idea di dovere, espressione non già di un deprecabile moralismo, ma di ciò che stabilisce

99 Articolo aggiunto dall'art. 1, 2° co., del d.lgs. n. 4/2008.

100 Artt. 119 ("principio del recupero dei costi relativi ai servizi idrici"), 154 ("tariffa del servizio idrico integrato"), 155 ("tariffa del servizio di fognatura e depurazione").

101 Artt. 178 ("principi"), 219 ("criteri informatori dell'attività di gestione dei rifiuti di imballaggio"), 239 ("principi e campo di applicazione" in tema di bonifica dei siti contaminati), 242 ("onere di attivazione a carico del responsabile della contaminazione"), 244 ("adozione dell'ordinanza di bonifica sempre nei confronti del responsabile"), nonché artt. 253-257.

102 V., ad es., legge n. 102/2013, legge n. 147/2013, legge n. 117/2019, d.lgs. n. 116/2020 e legge n. 233/2021 (concernente misure correlate all'adempimento di prescrizioni del Pnrr).

103 Cass. pen., sez. III, sent. n. 5912/2019. V., altresì, Cass. civ., sez. un., sent. n. 25039/2021.

104 V., ancora, P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., pp. 307 ss., nonché Corte di Giustizia Ue, sez. III, sent. 4 marzo 2015, n. 534/13.

105 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 319.

106 Per dirla con le parole di Cass. civ., sez. un., sent. n. 500/1999, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/1999, p. 836.

107 V. l'esordio di questo paragrafo.

l'art. 2 Cost., a proposito della solidarietà. E di quel che presuppone l'art. 53, 1° co., Cost.[108], secondo il quale "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva". Ove lo si legga e lo si interpreti con semplice buon senso, è evidente che non paga il tributo dovuto, *a contrario*, chi dissipa i relativi proventi: nel caso, chi inquina, nei modi più diversi[109]. Sicché, ciascuno dovrebbe aver chiaro in mente il fatto che l'espressione anzidetta - così coinvolgente e consolatoria - va corretta e riformulata in altri termini, che danno un senso più preciso - forse, meno evanescente - al principio del "chi inquina paga". Ci si dovrebbe esprimere così: ciascuno ha il dovere di non inquinare, in modo da far sì che ogni persona possa usufruire di un ambiente salubre. Chi non adempie al dovere, non ha alcun diritto. Da questo punto di vista, l'enunciato è un vero e proprio, concretissimo Lep, che non comporta spese, ma, invece, risparmi, da destinare all'ambiente. Per quanto mi riguarda, al Creato[110].

c) Il *principio di precauzione*. Come si è visto, questo principio è posto dall'art. 3-*ter* del TUA. Il d.lgs. n. 152/2006 ne parla ripetutamente[111]. La sua applicazione comporta che ogni volta che non siano conosciuti, con certezza, i rischi connessi ad un'attività potenzialmente pericolosa, i pubblici poteri debbono porsi il problema di una prevenzione anticipata, in attesa che le conoscenze scientifiche si consolidino, anche quando sono ignoti, in tutto o in parte, gli eventuali danni oppure gli stessi siano soltanto potenziali[112].

È il caso di aggiungere soltanto - con parole altrui - che "L'interpretazione del principio di precauzione richiama espressamente l'orientamento manifestato dalla Commissione europea, che in diverse occasioni ha avuto modo di chiarire che la valutazione scientifica del rischio è un presupposto indefettibile dell'adozione di misure protettive proporzionate, e che la sua applicazione è funzione pubblica"[113].

I tre principi, di cui qui si è detto qualcosa, consentono di delineare una riflessione conclusiva. Nel documento del Sottogruppo n. 8 si è rilevato che i Lep ambientali devono essere riportati "ad una dimensione sistemica e 'di cornice'"[114]. Naturalmente, allora, questa puntualizzazione è stata formulata sul presupposto che l'identificazione dovesse avvenire in forza di ciò che la legge dello Stato dispone, non già in base alle idee, di cui ciascuno può essere l'autore. Oltretutto, una simile prospettiva avrebbe una duplice controindicazione: da un lato, quella di assumere decisioni politiche, in assenza di una qualunque investitura; d'altro lato, di affidarsi al brocardo, non privo di inconvenienti, secondo cui *tot capita, tot sententiae*.

---

108 Di cui i costituzionalisti non vogliono mai parlare, se non altro perché - il mio è più che un dubbio - non hanno alcuna dimestichezza con il diritto tributario. Senonché, quando di mezzo ci sono non i rapporti contribuente-fisco, ma il reperimento e la gestione delle risorse pubbliche, senza delle quali la Parte I della Costituzione si riduce a un elenco di promesse prive di seguito, allora, prima di essere una questione di contabilità e di ragioneria pubblica, è un problema di diritto costituzionale. V. M. BERTOLISSI, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2015.

109 Tutti conoscono le condizioni, in cui versano le città a fine giornata e quale è il costo della loro pulizia quotidiana: per limitarsi al più banale degli esempi. V., ancora una volta, D. LUMERA, I. DE VIVO, *Ecologia interiore*, cit., p. 37, a proposito del *littering*, di cui ho parlato alla nota 77.

110 Confortato, in ciò, da un pensiero sfolgorante di Tonino Guerra: "Quando passo davanti a un mandorlo in fiore, mi tolgo il cappello".

111 Artt. 144, 4° co.-*bis*; 178; 179, 3° co.; 301.

112 Ad es., Cons. St., sez. V, sent. n. 1583/2016 e sez. III, sent. n. 6655/2019.

113 P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 329.

114 V., più estesamente, *sub* 4.

Sicché, sgombrato il campo di tutto ciò, e tenuto conto dell'inciso finale del precedente capoverso, stando al quale l'"applicazione" del principio di precauzione "è funzione pubblica", si può agevolmente concludere che tale è, pure, l'applicazione dei principi dello sviluppo sostenibile e del "chi inquina paga". Tutti sono stabiliti da leggi dello Stato; sono destinati a permeare, se applicati, in generale, l'intero ordinamento sezionale dell'ambiente; in particolare, ogni istituto e, nel più minuto dettaglio, ogni misura deliberata e ponderata alla loro stregua. Inutile dire che, essendo espressione del buon governo e della buona amministrazione, inverano gli artt. 54, 1° co., e 97, 2° co., Cost., che, per ora, rappresentano, nell'inattuazione, il tallone d'Achille della Repubblica[115].

7. Un cenno ai Lea e ai Lepta

Questa affermazione mi sembra trovi conferma, in primo luogo, nella struttura e nella articolazione dei Lea e dei Lepta. Rivelatore, in entrambi i casi, il primo articolo.

Infatti, quanto ai Lea, l'art. 1, 1° co., del dpcm 12 gennaio 2017[116] esordisce rilevando che "Il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso le risorse finanziarie pubbliche e in coerenza con i principi e i criteri indicati dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 e dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modifiche e integrazioni, i seguenti livelli essenziali di assistenza: a) Prevenzione collettiva e sanità pubblica; b) Assistenza distrettuale; c) Assistenza ospedaliera". L'art. 1, 2° co., precisa che "I livelli essenziali di assistenza di cui al comma 1 si articolano nelle attività, servizi e prestazioni individuati dal presente decreto e dagli allegati che ne costituiscono parte integrante".

Quanto ai Lepta, l'art. 1, 1° co., stabilisce - con espressioni analoghe - che "Il Sistema nazionale per la protezione dell'ambiente (SNPA) assicura i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA), attraverso le risorse finanziarie pubbliche, in coerenza con i principi ed i criteri indicati dalla legge 28 giugno 2016, n. 132, nel rispetto delle leggi regionali e delle Province autonome vigenti in materia, anche ai fini del perseguimento degli obiettivi di prevenzione collettiva previsti dai livelli essenziali di assistenza sanitaria, per quanto concerne il rapporto tra salute ed ambiente". A sua volta, l'art. 1, 2° co., afferma che "I LEPTA di cui al comma 1 individuano le aree di attività coerenti con le funzioni attribuite al SNPA, ai fini e secondo i principi contenuti nella legge 28 giugno 2016, n. 132".

Nell'una e nell'altra circostanza, si ha a che fare con un'organizzazione pubblica specifica: il SSN e il SNPA. L'uno e l'altro pongono in essere prestazioni tecniche: sanitarie e di natura tecnica, in campo ambientale (monitoraggio; supporto tecnico istruttorio; attività ispettive, di controllo, di verifica; partecipazione alle emergenze; *governance* dell'ambiente; ulteriori attività di supporto al Servizio sanitario).

Nel caso che ci occupa e dal punto di vista prescelto, che non è quello tecnico-specifico, sebbene di sistema, riguardante il vastissimo, coerente e al tempo stesso disarticolato, ordinamento settoriale dell'ambiente (che è - non si dimentichi - oggettivamente una materia trasversale), a me pare che la formulazione di un testo di Lea ambientali si debba tradurre nella indicazione-richiamo dei principi, fissati dal legislatore sia comunitario, sia interno, che debbono essere costantemente applicati da qualunque soggetto pubblico o privato. Ed è fuori discussione - per quanto mi riguarda, ne sono convinto, a prescindere dalla ricostruzione teorica del concetto di Lep[117] - che il rapporto che si viene ad instaurare tra privato e pubblico

115 M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., spec. pp. 273 ss.

116 Dà attuazione all'art. 1, 7° co., del d.lgs. n. 502/1992.

117 Ma v. il documento del Sottogruppo n. 8, *sub* 4, nonché - soprattutto - la nota 86.

all'interno dei vari settori (acqua, suolo, rifiuti, atmosfera, acustica, elettromagnetismo e via dicendo) è caratterizzato dall'erogazione di prestazioni positive o negative, che consentono un fare oppure lo negano[118]. Tutto ciò deriva, implicitamente ma chiaramente, dall'obiettivo che il legislatore si è prefisso: innanzi tutto, di evitare-limitare i danni all'ambiente; quindi, di valorizzare ogni suo elemento, nell'interesse - come ho più volte sottolineato, nella veste di erede che si appresta a divenire *de cuius*[119] - delle "future generazioni" (art. 9, 3° co., Cost.), attraverso il buon governo e la buona amministrazione (art. 97, 2° co., Cost.), fedeli alla Repubblica e alla sua Costituzione (art. 54, 1° co., Cost.). *Per fatti concludenti*.

Due conferme, tra le innumerevoli. Il *Rapporto Giannini* del 1979 è rimasto una voce inascoltata. Da rileggere, per rendersene conto, insieme al *Rapporto Piazza* del 1999 e alla *Storia dell'amministrazione italiana* del 2020 di Guido Melis. Nel corso di una conversazione con Guido Lucatello, Aldo M. Sandulli concluse che le differenze tra territori sono dovute, principalmente, alla qualità delle relative amministrazioni: statali, regionali e locali. È qui che vanno ricercate e ricostituite le basi di una eguaglianza effettiva nella *vita civile*[120].

---

118 V., ad es., l'art. 6 del TUA, recante "Oggetto della disciplina". Se non, per questo davvero utile, l'art. 5, recante "Definizioni". Alla dizione "c) impatti ambientali", si chiarisce che i medesimi concernono (è la prova provata - mi sembra - di quel che sto sostenendo): "effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli *habitat* protetti (…); territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati".

119 M. BERTOLISSI, *Amministratori, non proprietari*, cit., p. 36.

120 V., *sub* 2, il testo, cui è riferita la nota 14. Come si sarà compreso, questo testo è stato elaborato in un momento del tutto particolare: il già pressante sommarsi di sempre nuove questioni è divenuto eccezionalmente veloce; talmente veloce, da aver reso rapidamente obsoleto quel che era parso poco prima convincente, come ho accennato fin dall'inizio. E mentre riflettevo, il testo dell'art. 117, 2° co., lett. m), Cost., mi si mostrava sempre più ingenuo; vuoto; replicante i tempi, in cui si poteva promettere, senza preoccuparsi delle conseguenze (ma Piero Calamandrei suggeriva di evitare un simile *modus operandi*, che si sarebbe tradotto in "una forma di sabotaggio della nostra Costituzione": A.C., 4 marzo 1947). Ora, però, siamo costretti a riconoscere che proprio negli Stati Uniti (ove, il 4 luglio 1776, nel dichiarare l'indipendenza, si riteneva inalienabile, tra l'altro, "la ricerca della Felicità") le diseguaglianze tra chi è ricco, se non ricchissimo, e chi è povero, se non poverissimo, sono enormi. La realtà ha smentito quelle lunari promesse. E noi dobbiamo tenerne conto, come ci suggerisce quel che precede, elaborato alla luce di una quotidianità, che interroga le nostre coscienze (non mi convince quanto ha scritto M. AINIS, *Quando la felicità è un diritto costituzionale*, in *la Repubblica*, 29 agosto 2023, pp. 28-29). Coscienze, le quali debbono fare i conti non con definizioni (da considerare, se non fuorvianti), ma con questioni, che riguardano la decodificazione di fatti istituzionali.

a) Quanto al primo aspetto - sul quale insisto, perché la tendenza è quella di accontentarsi delle parole e della loro combinazione retorica -, l'esito può essere rappresentato da una storiella zen, che illumina (si noti che chi guarda ai soli disposti normativi e trascura la realtà è, relativamente ad essa, cieco). Ebbene, "Un giorno un re radunò un certo numero di persone cieche intorno a un elefante e chiese loro come fosse. Uno toccando una gamba disse: 'L'elefante è simile a un albero'. Un altro toccando una zanna disse: 'L'elefante è simile a un bastone'. Uno toccando la proboscide disse: 'L'elefante è simile a un serpente'. Il successivo toccando il ventre disse: 'L'elefante è simile a un muro'. Uno toccandogli la coda disse: 'L'elefante è simile a una corda'. E si misero tutti a discutere gli uni contro gli altri, ciascuno convinto della propria opinione. - Il re li osservava divertito e disse: 'Costoro si impuntano sulle loro errate percezioni, ma è indiscusso che l'elefante è simile solo all'elefante!'": D. LUMERA, I. DE VIVO,

Ecologia interiore, cit., p. 38 (ma v. anche p. 44). Per traslato, con un po' di ironia, mi viene da dire che i Lep sono simili solo ai Lep!

b) Comunque sia - senza nulla togliere a chi desidera cimentarsi sull'argomento -, è indispensabile collegare, quanto al secondo aspetto, la promessa di livelli essenziali a tanti insuccessi e alle evidenze fattuali. Se ne aggiungono alcune ulteriori, rispetto a quelle già menzionate in alcune precedenti note, *ad abundantiam*. Ma non solo, perché, forse, *repetita iuvant*: innanzi tutto, per chi scrive.

Ebbene, cominciamo dalle *buone notizie*. Andrea Rinaldo (v. la nota 1) è stato insignito del Nobel per le ricerche sull'acqua ed ha ricevuto il premio dalle mani di Re Carlo XVI Gustavo di Svezia (*Rinaldo: "Il clima cambia, dobbiamo farlo anche noi"*, in *il mattino di Padova*, 24 agosto 2023, p. 11). Marco Paolini e Telmo Pievani discutono dell'acqua, occupandosi della relazione crisi climatica-industria-capitalismo (L. CERBINI, *Alla sorgente delle nostre vite*, in *Corriere della Sera*, 23 agosto 2023, p. 25). Lontani dagli eccessi e dall'inquinamento, per una vita positiva (G. SACCANI JOTTI, *Otto regole per una vita sana e lunga*, ivi, 13 agosto 2023, p. 24). In vista mini impianti, che usano le scorie come carburante e si bloccano in caso di incidente (L. NASO, *Un reattore nucleare tascabile per centrali più sicure e pulite*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 agosto 2023, p. 13). Quanto al Mezzogiorno, una conferma del fatto che va curato, in primo luogo, il capitale umano (I. BOZZI, *Un festival chiama i giovani: restare al Sud è bello è giusto*, in *Corriere della Sera*, 10 agosto 2023, p. 39; V. VIOLA, *Rione Sanità, rinascita straordinaria. Sempre più giovani e nuove cooperative*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2023, p. 6; R. AMATO, *"Al Sud si può lavorare". Il Festival dei giovani che vogliono restare*, in *la Repubblica*, 19 agosto 2023, p. 23; ID., *La rete dei giovani siciliani per "il diritto di restare"*, in *Affari&Finanza*, 28 agosto 2023, p. 22; I. BOZZI, *Un manifesto per il diritto di restare al Sud*, in *Corriere della Sera*, 21 agosto 2023, p. 29. Il festival si è svolto a Campobello di Licata - Agrigento).

Non sono mancate, quindi, le *cattive notizie*. In linea di massima, in ordine cronologico: secondo un Report di Swiss Re, *Catastrofi naturali, un conto da 120 miliardi in appena sei mesi*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 agosto 2023, p. 19; S. DEGANELLO, *Inquinamento, oltre i limiti il 32% di mari e laghi italiani*, ivi, 12 agosto 2023, p. 12; R. CASATI, *Un ambiguo territorio che chiamiamo mare*, in *Il Sole 24 Ore - Domenica*, 13 agosto 2023, p. 1; M. SIDERI, *Clima e meteo, troppa confusione*, in *Corriere della Sera*, 15 agosto 2023, p. 26; poiché servono risorse, Banca d'Italia avverte che *Cresce di 27,8 miliardi il debito della Pa*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 agosto 2023, p. 10; M. MAGATTI, *Nuove idee e nuovi equilibri contro il disagio permanente*, in *Corriere della Sera*, 19 agosto 2023, p. 30, a proposito di ambiente, economia e guerra; C. FRANCESCONI, *Picnic, immondizie e sigarette. Venezia invasa di cartelli fai da te*, in *Corriere del Veneto*, 20 agosto 2023, p. 9; P. VIRTUANI, *Zero termico record, è a quota 5.328 metri*, in *Corriere della Sera*, 22 agosto 2023, p. 15; P. VIANA, *Cibo e banche, "serve cambiare rotta". Le ricette per la transizione ecologica*, in *Avvenire*, 24 agosto 2023, p. 9, che richiama l'attenzione sullo spreco alimentare; E. DUSI, *Uragani in California, carestia in India. El niño soffia sul fuoco della crisi climatica*, in *la Repubblica*, 27 agosto 2023, p. 19. Quindi, guerra sul piano politico-ideologico: P. KRUGMAN, *La guerra culturale sul clima*, in *la Repubblica*, 11 agosto 2023, p. 28, e R. DELLA SETA, F. FERRANTE, *Destra e clima grande rimozione*, ivi, 12 agosto 2023, p. 29, nonché G. MONBIOT, *Per salvare il pianeta bisogna fermare la destra*, in *Internazionale*, 18/24 agosto 2023, p. 36 (articolo comparso sul *Guardian* di Londra). Di sicuro interesse, E. MOROZOV, *La vera minaccia dell'intelligenza artificiale*, ivi, spec. p. 85; M. CUFF, *Il costo del denaro frena la transizione energetica*, ivi, pp. 88-89; R. SOLNIT, *Il pessimismo sul clima non serve a niente*, in *Internazionale*, 25/31 agosto 2023, pp. 35-36, che avverte: "A molte persone piace avere certezze. Ovviamente è una follia essere sicuri di risolvere il problema, ma sembra che la certezza di una sconfitta non sia sottoposta alle stesse valutazioni. Quella certezza sembra derivare in parte dal presupposto che il cambiamento avviene in modi prevedibili, e che quindi possiamo conoscere il futuro. Tuttavia, come osserva il centro studi indipendente britannico Carbon tracker, 'il fenomeno della curva a S si verifica quando una nuova tecnologia di successo arriva a un certo punto critico e poi, una volta superato quel momento, raggiunge velocemente una quota di mercato più grande nel giro di un paio di anni. I pannelli

solari, le turbine eoliche e le batterie agli ioni di litio hanno seguito tutte curve di questo tipo. Per ciascuna di queste tecnologie i costi sono calati di più del 90% negli ultimi vent'anni. Di conseguenza la loro crescita ha seguito la curva a S'. - Il cambiamento spesso non è lineare ma esponenziale o imprevedibile, come un terremoto che libera dell'energia accumulata per secoli. I grandi stravolgimenti all'inizio sembrano piccoli e la storia è piena di sorprese"; J. TOLENTINO, *Come affrontare l'ecoansia*, ivi, pp. 38 ss. (tra l'altro, si legge che - vero o falso che sia, non è da sottovalutare - "nei trent'anni trascorsi dal primo accordo internazionale per la riduzione delle emissioni, abbiamo immesso nell'atmosfera più gas serra che in tutto il resto della storia umana"). Infine, a conferma di quanto indecenti siano, molto spesso, i comportamenti delle persone (cui non è il caso di intestare diritti), v., riferito alla città di Padova, C. CADONI, *Ozono 50 volte oltre i limiti. E da 15 giorni consecutivi Padova ha il respiro corto*, in *il mattino di Padova*, 27 agosto 2023, p. 16, e *"Subito i corridoi verdi per migliorare il clima"*, ivi, p. 17. Che cosa stiamo distruggendo? G. CAGNASSI, *Barene in fiore, la laguna fragile si tinge di violetto*, ivi, p. 13, nonché D. GREGNANIN, *Isola Memmia piena di rifiuti*, ivi, 29 agosto 2023, p. 20.

Certo, quelli citati non sono saggi scientifici pubblicati su riviste prestigiose. Tuttavia, hanno il pregio di farci sapere di che cosa ci si interessa e che cosa ci si attende: se si agisce con coerenza oppure no. Ad es., qualcuno scrive - a ragione o a torto? - che "L'alto livello di indebitamento pubblico e privato non viene percepito come un'emergenza": così, F. DE BORTOLI, *Indebitamento e instabilità le minacce sottovalutate*, in *L'Economia*, 28 agosto 2023, p. 2. Se riferito ai detentori del potere *pro tempore* (dunque, anche a quelli del passato), posso concordare. Ma, per quanto mi riguarda, mi limito a rinviare a me stesso: a M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, Marsilio, 2019, ove, fin dalla prima pagina, ho notato che la Repubblica è alle prese con "i problemi di sempre", che "non lasciano scampo: il debito pubblico, la disoccupazione giovanile, l'ipertrofia della legge, amministrazioni non all'altezza dei tempi" (ivi, pp. 9-10). Tutto questo incombe sull'ambiente, problema nel problema. Il quale è aggravato da ogni nostra azione: lo scrivo da spettatore disincantato, che non trascura, però, quel che mi pare essere un lucido, rigoroso richiamo alla realtà.

Mi riferisco - e, con questo, chiudo un'esposizione, che io stesso definisco ruvida e limacciosa - a D. LUMERA, I. DE VIVO, *Ecologia interiore*, cit., pp. 69-70, che ho letto e riletto alla luce del novellato art. 9, 3° co., Cost., là dove il medesimo si riferisce espressamente alle *future generazioni*. "'Non abbiamo solo il compito di lasciare ai nostri figli un mondo migliore, ma anche quello di lasciare al mondo figli migliori' recita uno slogan che gira sul *web*. Ed è questa la sfida che ci attende. C'è voluta una pandemia mondiale per farci fermare, per costringerci a riflettere su quanto il nostro vivere profondamente disconnessi, da noi stessi, dagli altri e dalla natura, sia stato causa di calamità naturali, di cambiamenti climatici, dello sfruttamento selvaggio delle risorse, della sofferenza di quasi tutte le specie del pianeta. È giunto il momento di aprire gli occhi e prendere coscienza di ciò che non riuscivamo a vedere. Siamo tutti co-responsabili del destino dell'ecosistema terra, di cui siamo parte integrante e di cui dovremmo essere i custodi. Ora sappiamo che esiste una strettissima relazione tra la deforestazione, la perdita della biodiversità, il cambio climatico, la distruzione degli ecosistemi, causati dall'uomo, e la diffusione della zoonosi, ossia di malattie di origine animale come Ebola, SARS, MERS, HIV… e Covid-19. Ma non solo. Le scelte odierne lasceranno una memoria indelebile sul volto del nostro pianeta, nei cuccioli degli animali che lo popolano, nelle profondità dell'oceano, nel cuore delle foreste, nel profilo dei paesaggi e nella storia che le montagne racconteranno ai nostri figli. Non in senso metaforico, ma letterale, dati alla mano. Così come noi esseri umani immagazziniamo memorie e ricordi, lo stesso avviene per gli oceani, le rocce, gli alberi, gli animali. Abbiamo scoperto che la trasmissione intergenerazionale della memoria, e dei suoi effetti a livello genetico, non è una prerogativa dell'essere umano: anche i cuccioli di animali ereditano gli effetti di ricordi traumatici dei propri genitori e nei semi delle nuove piantine sono presenti le tracce di stress subiti dalla pianta madre. - Qual è la memoria che stiamo lasciando al pianeta? Che

8. Primi contenuti di una bozza di Lep ambientali

I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, 2° co., lett. m, Cost.), certo, possono essere concepiti, lessicalmente, quale limite minimo, imperativo ed astratto, al di sotto del quale non è consentito scendere nella loro erogazione. Tuttavia, questo è, appunto, in teoria. In pratica, essi sono condizionati da una serie rilevante di fattori: tra gli altri, dalle condizioni in cui versano le articolazioni territoriali dello Stato e delle Regioni; dall'evasione fiscale e contributiva; dalla qualità del capitale umano; dall'organizzazione; dalle risorse, considerate nella loro quantità e sotto il profilo della capacità di gestione; dal fattore tempo.

In linea di massima, non si debbono confondere, peraltro, i Lep con gli standard di qualità ambientale (previsti da varie disposizioni del d.lgs. n. 152/2006), individuati da determinazioni puntuali, misurabili. Se, in ogni caso, prescrizioni di tal genere possono ritenersi adeguate per alcune materie o frammenti di esse, l'art. 9, 3° co., Cost., là dove impone alla Repubblica di tutelare "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni" e "degli animali", presuppone, innanzi tutto, che sia presa in considerazione la politica ambientale effettiva di Stato e Regioni, la quale deve ispirarsi - come stabiliscono gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006 - ai principi-cardine dello sviluppo sostenibile, del "chi inquina paga" e di precauzione. Sono questi - in primo luogo, quello relativo allo sviluppo sostenibile - i disposti legislativi, che concorrono a determinare il contenuto essenziale dei Lep ambientali. Lo esige, del resto, la Costituzione, che vincola, tra loro, reciprocamente, le generazioni, che si susseguono, ininterrottamente, nel tempo. Sotto questo profilo, il diritto ad un ambiente salubre esige - per non ridursi a pura ed ingiustificata retorica - che ciascuno metabolizzi e sperimenti, in concreto, il dovere di rispettare, in ogni sua manifestazione, ciò che l'art. 9, 3° co., Cost., tutela, quale espressione di una ritrovata o conquistata ecologia interiore. Mentre l'art. 117, 2° co., lett. m), dovrebbe essere letto come comprensivo dell'obbligo, per lo Stato, di indicare tempi, modi, strumenti operativi e risorse, indispensabili per assicurare, dopo averli determinati, la fruizione effettiva dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali, necessari per una *vita civile*.

I. DISPOSIZIONI DI PRINCIPIO

Art. 1 - *Coesione istituzionale e territori*

---

conseguenze avrà tutto questo? Come possiamo rendere onore a questa dimora, dando vita a una memoria ecologica che sia portatrice di prosperità, di benessere, di armonia per tutte le creature?".

A questo punto, è opportuno riconsiderare l'art. 3-*quater* del TUA. In esso tutto si riassume, dal momento che si caratterizza per una lucida visione prospettica, anticipatrice della novella costituzionale n. 1/2022, in specie là dove afferma - al 1° co. - che il "principio dello sviluppo sostenibile" deve "garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future". Secondo l'auspicio formulato nel 1946, quando si parlò di *vita civile*, per tutti (v. *sub* 2, a).

1. Il presente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dà attuazione all'articolo 117, 2° comma, lett. m), della Costituzione, unitamente a quanto prevede l'articolo 116, 3° comma, della medesima fonte costituzionale.
2. Assicura che, attraverso il pluralismo delle autonomie, sia tutelata e rafforzata la coesione tra gli enti territoriali, di cui è composta la Repubblica, ai sensi degli articoli 5 e 114, 1° comma, della Costituzione.

Art. 2 - *Autonomia e responsabilità*

1. È salvaguardata l'autonomia delle Regioni, nel rispetto di quanto prevede il Titolo V della Parte II della Costituzione.
2. Le Regioni tutelano e valorizzano l'ambiente, la biodiversità, gli ecosistemi e gli animali, secondo le proprie competenze.
3. Ispirano la politica ambientale al principio di responsabilità, nell'interesse delle future generazioni, ai sensi dell'articolo 9, 3° comma, della Costituzione.

Art. 3 - *Livelli essenziali*

1. I livelli essenziali delle prestazioni, concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, sono assicurati attraverso il più rigoroso rispetto dei principi, stabiliti dal legislatore statale, in tema di ambiente, biodiversità, ecosistemi e di tutela degli animali.
2. La loro funzione è quella di far sì che i pubblici poteri realizzino, attraverso le loro azioni, i principi del buon governo e della buona amministrazione, posti dall'articolo 97, 2° comma, della Costituzione.

Art. 4 - *Danni all'ambiente e loro ripristino*

1. I danni all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e agli animali debbono essere evitati e, se causati, ripristinati, secondo quanto dispone la legge dello Stato.
2. Il diritto a un ambiente salubre ha carattere universale. Esso presuppone che ciascuno adempia al dovere di desistere da qualunque forma di inquinamento.
3. Attraverso condotte ed azioni concrete, va soddisfatto il dovere di solidarietà, previsto dall'art. 2 della Costituzione.

Art. 5 - *Risorse*

1. Le risorse, rese disponibili dalla finanza pubblica, debbono essere impiegate nel più rigoroso rispetto del principio della sana e prudente gestione, sancito dall'articolo 97, 2° comma, della Costituzione.
2. Non va limitata l'efficacia del concorso alle spese pubbliche, stabilito dall'articolo 53, 1° comma, della Costituzione, attraverso una gestione non conforme al principio della sana e prudente gestione.

II. LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI

Art. 6 - *Fonti*

1. Le disposizioni normative, che Stato e Regioni debbono rispettare ed attuare, sono quelle stabilite dalla Costituzione, dalle fonti comunitarie e dalle leggi statali e regionali, deliberate dagli organi dei rispettivi enti, nell'esercizio delle competenze loro attribuite.

2. Tali disposizioni assumono il significato ad esse attribuito dai giudici, comunitario ed interno, attraverso le rispettive giurisdizioni.

Art. 7 - *Principio di sostenibilità*

1. Stato e Regioni attuano le proprie politiche ambientali nel più rigoroso rispetto del principio dello sviluppo sostenibile, secondo quanto dispone l'articolo 3-*quater* del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dall'articolo 1, 2° comma, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4.
2. In particolare, ispirano la propria attività provvedimentale all'esigenza di salvaguardare l'ambiente, nell'interesse delle future generazioni, ai sensi dell'articolo 9, 3° comma, della Costituzione.

Art. 8 - *Principio del "chi inquina paga"*

1. Stato e Regioni attuano le proprie politiche ambientali nel più rigoroso rispetto del principio del "chi inquina paga", secondo quanto dispone l'articolo 3-*ter* del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dall'articolo 1, 2° comma, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4.
2. Per le finalità, di cui al 1° comma, Stato e Regioni si avvalgono delle prestazioni tecniche ambientali del Sistema nazionale per la protezione dell'ambiente (SNPA).
3. Si applica il 2° comma dell'articolo 7.

Art. 9 - *Principio di precauzione*

1. Stato e Regioni attuano le proprie politiche ambientali nel più rigoroso rispetto del principio di precauzione, secondo quanto dispone l'articolo 3-*ter* del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dall'articolo 1, 2° comma, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4.
2. Si applica il 2° comma dell'articolo 7.

Art. 10 - *Norma di chiusura*

1. Il presente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adempie a un dovere, presupposto dalla Costituzione stessa, che consiste nell'imporre a tutti il rispetto del patto tra generazioni. Ciò consente di aggiornare e ravvivare la deliberazione assunta dai Costituenti il 22 dicembre 1947, rendendola coerente con il divenire del tempo e con l'obbligo di porre rimedio alle eventuali precarie condizioni dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali.

Il testo dell'articolato riprende - per memoria - disposizioni di principio (di rango costituzionale, comunitario e ordinario), che incidono, nella prospettiva della valorizzazione dell'eguaglianza (di cui agli artt. 3 e 117, 2° co., lett. m, Cost.), sugli ambiti (o settori, che dir si voglia) di cui si compone l'articolatissima materia dell'ambiente. Tenuto conto della straordinaria fluidità delle soluzioni concrete e del fattore tempo.

Principi:

1) pluralistico e unitario (artt. 5 e 114, 1° co., Cost.);
2) di responsabilità in materia ambientale (art. 9, 3° co., Cost.);
3) di sana e prudente gestione (art. 97, 2° co., Cost.);
4) del buon governo e della buona amministrazione (art. 97, 2° co., Cost.);
5) di ripristino del danno ambientale (Parte VI del d.lgs. n. 152/2006);

6) del dovere di solidarietà, che impone l'obbligo di non inquinare (artt. 2 e 9, 3° co., Cost.) e fonda il diritto a un ambiente salubre;
7) del rispetto del patto tra generazioni (art. 9, 3° co., Cost.);
8) dello sviluppo sostenibile (art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006);
9) del "chi inquina paga" (art. 3-*ter* del d.lgs. n. 152/2006);
10) di precauzione (art. 3-*ter* del d.lgs. n. 152/2006).

9. *Una considerazione ulteriore*

Può darsi che il testo degli articoli poc'anzi delineati appaia di carattere eccessivamente generale, se non generico. In realtà, altro non fa che riprendere quel che sta scritto nella Costituzione e nelle leggi dello Stato, con l'intento di porre al centro del sistema ciò che caratterizza la materia *ambiente*. Un equivoco sarebbe esiziale. Sotto questo profilo, se si può anche ammettere che, in altri settori, la posizione istituzionale delle *future generazioni* sia suscettibile di sollevare problemi giuridici non trascurabili[121]; visto l'accaduto[122], quanto all'ambiente, è ormai tempo di abbandonare le questioni teoriche, dal momento che "le discussioni devono produrre misure effettive, azioni, conseguenze"[123]. Il che impone un cambio di prospettiva, come si è cercato di mettere in evidenza nelle pagine precedenti, che si può sintetizzare in poche parole.

a) Da un lato, è la Costituzione - il novellato art. 9, 3° co. - ad aver attribuito una soggettività giuridica alle "future generazioni". Da ciò, un elementare corollario. Il risalente, tradizionale approccio, concernente la relazione cittadino-pubblici poteri, risolta in termini di diritto-obbligo di prestazioni, muta radicalmente, nel senso che i nuovi interlocutori sono - stando anche al lessico dell'art. 3-*quater*, 1° co., del TUA - le *generazioni attuali* e le *generazioni future*. Circostanza, questa, che comporta una duplice conseguenza: la società incorpora in sé i titolari di diritti (le generazioni future) e i titolari di obblighi (le generazioni attuali). Dunque, si deve parlare di doveri piuttosto che di diritti. E di doveri delle une nei confronti delle altre, arbitro la Repubblica.

b) D'altro lato - come si è visto -, il decisore[124] deve attenersi al principio dello *sviluppo sostenibile*, il quale, se rispettato, consente di "individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche in futuro" (art. 3-*quater*, 3° co., TUA). Di questo disposto, tutto si può dire, meno che sia generico. È di una precisione encomiabile ed i suoi risvolti attuativi - lo si è già rilevato - sono indicati minuziosamente nel TUA e nelle leggi speciali, riguardanti le varie partizioni del diritto ambientale. In ogni caso, la valenza strategica, cui tutto si riporta, del principio dello sviluppo sostenibile è fuori

121 Non è questa la mia opinione, ma v. R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008, e A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 331 ss.

122 Ciò che quotidianamente accade, ovunque nel mondo.

123 A. D'ALOIA, *Generazioni future*, cit., p. 389. Ancora, soprattutto, H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 2009, che non lascia scampo.

124 I titolari di pubblici poteri.

discussione[125]. Ed è fuori discussione, altresì, che la parola "determinazione" (di cui all'art. 117, 2° co., lett. m, Cost.) appare imprecisa, se non fuorviante, poiché, *ciò che compete allo Stato, non è tanto di determinare, quanto di assicurare* i "livelli essenziali delle prestazioni", *in concreto*: cosa che, finora, non è avvenuta.

Per questo motivo e per avere una netta percezione di quel che pensano le generazioni future delle generazioni attuali, cui apparteniamo, ripiegate su di sé[126], vale la pena di soffermarsi, un istante, sulla lettera di addio di Michele, del febbraio 2017[127]: straziante ed

---

125 V., infatti, S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, Giappichelli, 2022, e A. BUONFRATE, A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, con una introduzione di E. Giovannini, Milano, Wolters Kluwer, 2023.

126 È accaduto al tempo di Covid-19: v. M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., spec. pp. 273 ss.

127 La Lettera di addio di Michele è stata pubblicata dall'allora direttore, Omar Monestier, sul *Messaggero Veneto* del 7 febbraio 2017. Ecco, dunque, quel che ha scritto ai suoi genitori: "Ho vissuto (male) per trent'anni, qualcuno dirà che è troppo poco. Quel qualcuno non è in grado di stabilire quali sono i limiti di sopportazione, perché sono soggettivi, non oggettivi. - Ho cercato di essere una brava persona, ho commesso molti errori, ho fatto molti tentativi, ho cercato di darmi un senso e uno scopo usando le mie risorse, di fare del malessere un'arte. - Ma le domande non finiscono mai, e io di sentirne sono stufo. E sono stufo anche di pormene. Sono stufo di fare sforzi senza ottenere risultati, stufo di critiche, stufo di colloqui di lavoro come grafico inutili, stufo di sprecare sentimenti e desideri per l'altro genere (che evidentemente non ha bisogno di me), stufo di invidiare, stufo di chiedermi cosa si prova a vincere, di dover giustificare la mia esistenza senza averla determinata, stufo di dover rispondere alle aspettative di tutti senza aver mai visto soddisfatte le mie, stufo di fare buon viso a pessima sorte, di fingere interesse, di illudermi, di essere preso in giro, di essere messo da parte e di sentirmi dire che la sensibilità è una grande qualità. Tutte balle. Se la sensibilità fosse davvero una grande qualità, sarebbe oggetto di ricerca. Non lo è mai stata e mai lo sarà, perché questa è la realtà sbagliata, è una dimensione dove conta la praticità che non premia i talenti, le alternative, sbeffeggia le ambizioni, insulta i sogni e qualunque cosa non si possa inquadrare nella cosiddetta normalità. Non la posso riconoscere come mia. - Da questa realtà non si può pretendere niente. Non si può pretendere un lavoro, non si può pretendere di essere amati, non si possono pretendere riconoscimenti, non si può pretendere di pretendere la sicurezza, non si può pretendere un ambiente stabile. A quest'ultimo proposito, le cose per voi si metteranno talmente male che tra un po' non potrete pretendere nemmeno cibo, elettricità o acqua corrente, ma ovviamente non è più un mio problema. Il futuro sarà un disastro a cui non voglio assistere, e nemmeno partecipare. Buona fortuna a chi se la sente di affrontarlo. - Non è assolutamente questo il mondo che mi doveva essere consegnato, e nessuno mi può costringere a continuare a farne parte. È un incubo di problemi, privo di identità, privo di garanzie, privo di punti di riferimento, e privo ormai anche di prospettive. Non ci sono le condizioni per impormi, e io non ho i poteri o i mezzi per crearle. Non sono rappresentato da niente di ciò che vedo e non gli attribuisco nessun senso: io non c'entro nulla con tutto questo. Non posso passare la vita a combattere solo per sopravvivere, per avere lo spazio che sarebbe dovuto, o quello che spetta di diritto, cercando di cavare il meglio dal peggio che si sia mai visto per avere il minimo possibile. Io non me ne faccio niente del minimo, volevo il massimo, ma il massimo non è a mia disposizione. Di no come risposta non si vive, di no si muore, e non c'è mai stato posto qui per ciò che volevo, quindi in realtà non sono mai esistito. Io non ho tradito, io mi sento tradito, da un'epoca che si permette di accantonarmi, invece di accogliermi come sarebbe suo dovere fare. - Lo stato generale delle cose per me è inaccettabile, non intendo più farmene carico e penso che sia giusto che ogni tanto qualcuno ricordi a tutti che siamo liberi, che esiste l'alternativa al soffrire: smettere. Se vivere non può essere un piacere, allora non può nemmeno diventare un obbligo, e io l'ho dimostrato. Mi

implacabile[128]

rendo conto di fare del male e di darvi un enorme dolore, ma la mia rabbia ormai è tale che se non faccio questo, finirà ancora peggio, e di altro odio non c'è davvero bisogno. Sono entrato in questo mondo da persona libera, e da persona libera ne sono uscito, perché non mi piaceva nemmeno un po'. Basta con le ipocrisie. - Non mi faccio ricattare dal fatto che è l'unico possibile, il modello unico non funziona. Siete voi che fate i conti con me, non io con voi. Io sono un anticonformista, da sempre, e ho il diritto di dire ciò che penso, di fare la mia scelta, a qualsiasi costo. Non esiste niente che non si possa separare, la morte è solo lo strumento. Il libero arbitrio obbedisce all'individuo, non ai comodi degli altri. - Io lo so che questa cosa vi sembra una follia, ma non lo è. È solo delusione. Mi è passata la voglia: non qui e non ora. Non posso imporre la mia essenza, ma la mia assenza sì, e il nulla assoluto è sempre meglio di un tutto dove non puoi essere felice facendo il tuo destino. - Perdonatemi, mamma e papà, se potete, ma ora sono di nuovo a casa. Sto bene. - Dentro di me non c'era caos. Dentro di me c'era ordine. Questa generazione si vendica di un furto, il furto della felicità. Chiedo scusa a tutti i miei amici. Non odiatemi. Grazie per i bei momenti insieme, siete tutti migliori di me. Questo non è un insulto alle mie origini, ma un'accusa di alto tradimento. - P.S. Complimenti al ministro Poletti. Lui sì che ci valorizza a noi stronzi. - Ho resistito finché ho potuto".

128 M. MAGATTI, *Questa politica è lontana dai problemi reali del Paese*, in *Corriere della Sera*, 12 novembre 2017, p. 30.

AMBIENTE E INIZIATIVA ECONOMICA: QUALE "BILANCIAMENTO"?*

Mauro Pennasilico

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: Il saggio, muovendo dall'analisi della giurisprudenza sul *leading case* dell'*ex* Ilva e dalla recente revisione ecologica degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana, mette in discussione la concezione del c.d. bilanciamento equiponderale nella soluzione del conflitto tra ambiente e iniziativa economica.

Abstract [En]: The essay, starting from the analysis of the jurisprudence on Ilva's leading case and from the recent ecological revision of articles 9 and 41 of the Italian Constitution, questions the conception of the so-called equal balance in the resolution of the conflict between environment and economic initiative.

Ciò che deve essere "sostenuto"
in una comunità sostenibile non è la crescita economica,
lo sviluppo o il vantaggio competitivo, ma l'intera rete della vita
da cui dipende la nostra sopravvivenza sul lungo periodo.
F. Capra 2006, 123.

SOMMARIO: 1. Il problema: il conflitto tra ambiente e iniziativa economica e il bilanciamento "equiponderale" degli interessi antagonisti. - **2.** La sentenza n. 85/2013 sul caso Ilva e il «ragionevole bilanciamento» tra diritti fondamentali espressioni della dignità della persona. - **3.** Il lato debole del bilanciamento: tirannia dei valori economici e non comparabilità di interessi incommensurabili. - **4.** La gerarchia dei valori essenziali per la sopravvivenza e la ricerca di un equilibrio "eco-antropo-centrico". - **5.** Critica del bilanciamento "equiponderale": primato gerarchico dell'interesse alla protezione della vita dal "collasso ecologico" e necessità di distinguere tra interesse ambientale "comprimibile" o "primario" e interesse ambientale "incomprimibile" o "superprimario" (dallo "sviluppo sostenibile" alla "protezione sostenibile"). - **6.** *Segue*. Il limite insuperabile del bilanciamento: l'interesse "superprimario" alla protezione

dal "collasso ecologico" come nucleo irriducibile del diritto alla vita. - **7.** Epilogo: la ridefinizione del principio personalista nella concezione unitaria "eco-antropo-centrica".

1. Il problema: il conflitto tra ambiente e iniziativa economica e il bilanciamento "equiponderale" degli interessi antagonisti.

Il mio discorso cercherà di dare una risposta al problema del "bilanciamento" tra ambiente e iniziativa economica, analizzando il contributo offerto dalla giurisprudenza di vertice, nazionale e sovranazionale. È un problema, questo, che presupporrebbe un'analisi adeguata dell'intersezione tra economia e ambiente mediante un approccio scientifico transdisciplinare. Da giurista, non potrò che limitarmi a delle semplificazioni, evocative di ben note dottrine economico-sociali, che hanno reso ormai patrimonio comune concetti quali "sostenibilità", "sviluppo sostenibile", "economia circolare", "economia ecologica"[1]. Concetti accomunati dalla necessità di assicurare livelli di benessere comparabili alle generazioni attuali come a quelle future, garantendo in particolare un pari accesso all'uso delle risorse naturali, indispensabile alla ricerca di un equilibrio di lungo periodo (e in ciò la "sostenibilità") tra prelievi e restituzioni al fondamentale e originario "capitale naturale" costituito dalla terra[2].

I valori dominanti, nel panorama culturale contemporaneo, sono indubbiamente lo sviluppo e l'ambiente, che trovano una sintesi dialettica nella formula dello "sviluppo sostenibile": superata una fase originaria di aspra contrapposizione ideologica tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico, se ne afferma una nuova, che si basa sulla loro composizione[3]. Eppure, nell'ambigua logica del principio ambientale dello «sviluppo sostenibile» (art. 3-*quater* c.a.), il valore primario è lo sviluppo, purché non danneggi più di

---

1 [*] Il saggio elabora la relazione del 18 novembre 2022 all'Incontro di studi «Libertà di iniziativa economica e autonomia privata», Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Napoli Federico II.

Nella letteratura economica e giuridica più recente, v. almeno M. BRESSO, *Economia ecologica. La transizione ambientale verso uno sviluppo sostenibile*, Milano, 2021; É. LAURENT, *La nuova economia ambientale. Sostenibilità e giustizia*, trad. di F. Cugi, Milano, 2022; S. ANTONIAZZI, *Transizione ecologica ed economia circolare*, in *www.federalismi.it*, 23, 2023, p. 53 ss.; e, volendo, M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in *Pers. e merc.*, 2021, p. 711 ss.

2 Sulla nozione di "sostenibilità" come ricerca di una condizione durevole, sia pure variabile, di equilibrio tra il bisogno da soddisfare e i limiti da rispettare ("giusta" sostenibilità), v. M. PENNASILICO, *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, in A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2023, p. 37 ss., spec. p. 49 ss.

3 Serrata analisi critica di tale evoluzione in M. MONTEDURO, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall'antagonismo all'integrazione tra ambiente e sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2020, p. 61 ss.

tanto l'ambiente, inteso come mero limite allo sviluppo[4]; sì che, l'esito del contemperamento tra ambiente e sviluppo appare tendenzialmente scontato a favore di quest'ultimo, come conferma l'altrettanto equivoco principio ambientale «chi inquina paga» (art. 3-*ter* c.a.), che sembra basarsi sull'assunto che chi provoca danni ambientali ne è responsabile e dovrebbe sopportarne il costo, ma implica anche che si possa danneggiare l'ambiente pagando, così trasfigurandosi il principio in "chi paga inquina". Del resto, l'Unione europea continua a favorire le industrie più inquinanti (acciaio, cemento, chimica), le quali, grazie al recente accordo di riforma del mercato del carbonio[5], riceveranno fino al 2034 quote gratuite di emissione, con buona pace degli obiettivi del pacchetto «*Fit for 55%*»[6] e del principio «chi inquina paga», ormai dissolto in «chi inquina non paga ma riceve»![7].

La cultura giuridica dominante risolve, quindi, il conflitto tra sviluppo e iniziativa economica, da un lato, e tutela dell'ambiente e della salute, dall'altro, attraverso la consueta tecnica del c.d. bilanciamento "equiponderale" o "pariordinato", che attribuisce ai valori antagonisti il medesimo peso, affinché l'uno non prevalga sull'altro *a priori*[8]. Soluzione, questa, che appare ispirata al principio di integrazione tra la dimensione economica e quella

4 Sulle ambiguità del concetto di "sviluppo sostenibile" v., anche per ulteriori indicazioni, M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 81 ss.

5 Si tratta dell'accordo del 18 dicembre 2022, sul quale, per un resoconto critico, C. BRUSINI, *Clima, la Ue continua a favorire i grandi inquinatori: con la riforma del mercato del carbonio fino al 2034 avranno quote di emissione gratis*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 18 dicembre 2022. Il Parlamento europeo, a seguito dell'accordo, ha approvato la riforma dell'ETS (*Emission Trading System*) nella sessione plenaria del 18 aprile 2023.

6 Si allude al pacchetto di proposte presentato dalla Commissione UE, il 14 luglio 2021, con la comunicazione COM(2021) 550 final, «"Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica». Proposte che incidono, nel rispetto dell'Accordo di Parigi, su una serie di settori (clima, energia e combustibili, trasporti, edilizia, uso del suolo e silvicoltura), al fine di ridurre, entro il 2030, le emissioni nette di gas serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990, nella prospettiva della neutralità climatica entro il 2050. Il Parlamento UE ha approvato, l'11 luglio 2023, nuove norme per ridurre, collettivamente, il consumo di energia primaria e finale di almeno l'11,7% entro il 2030, norme adottate dal Consiglio UE il 25 luglio 2023.

7 Denunzia la dissoluzione, di fatto, del principio «chi inquina paga», M. PENNASILICO, *L'uso sostenibile delle risorse idriche: ripensare l'acqua come "bene comune"*, in *Pers. e merc.*, 2023, p. 198 ss., spec. p. 218.

8 Considera lo sviluppo sostenibile un principio ordinatore, idoneo a garantire forme di bilanciamento "eguale" o "equiponderato", A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile. La complessità assiologica del sistema di tutela ambientale conformato agli Obiettivi di Agenda 2030 e del* Green Deal *europeo*, Milano, 2020, pp. XIII, 88 ss., 96 ss. Sul "bilanciamento" come tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto v., anche per ulteriori riferimenti, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 185 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.

ambientale, allo scopo appunto di «promuovere lo sviluppo sostenibile» (artt. 11 TFUE e 37 Carta UE)[9].

Tuttavia, nel caso di conflitto tra interessi economici e interessi ambientali, il Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) sancisce che «gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione» (art. 3-*quater*, comma 2). Eppure, che all'interesse ambientale debba essere riservato un apprezzamento prioritario è questione molto complessa, spesso oggetto di interpretazioni ambigue e oscillanti, quando non di aspri contrasti giurisprudenziali. Basti pensare al conflitto ricorrente tra le esigenze dell'attività imprenditoriale, finalizzata alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (impianti eolici o fotovoltaici), e quelle sottese alla tutela di valori non economici, come la protezione del paesaggio[10].

Occorre, dunque, chiarire subito che "priorità" significa non già "tirannia" dei valori "totalizzanti" della vita, della salute e dell'ambiente su altri diritti fondamentali della persona, come ha paventato l'ambigua sentenza costituzionale n. 85/2013 sul "caso Ilva"[11], bensì consapevolezza che, nell'architettura della Costituzione italiana, a maggior ragione in virtù

9 Cfr. R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2021, p. 12 ss. Rilevante applicazione del principio in Cons. Stato 23 settembre 2022, n. 8167, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 3.5, ove si sostiene che la l. cost. n. 1/2022, «nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva […]. Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo».

10 Alla ricerca di un «punto di equilibrio» tra le due esigenze si pone il Giudice delle leggi, come traspare dalla *Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nel 2022*, Roma, 13 aprile 2023, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 1 ss., spec. p. 8 (con riferimento a Corte cost. 13 maggio 2022, n. 121, in *www.federalismi.it*, 1° giugno 2022). Rilevante anche una sentenza del Consiglio di Stato, secondo il quale la «primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica […] che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione "totalizzante" come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto» (Cons. Stato 23 settembre 2022, n. 8167, cit., § 3.4). In dottrina, *ex multis*, P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *www.giustiziainsieme.it*, 4 maggio 2021; ID., *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in *www.federalismi.it*, 13, 2023, p. 77 ss.; M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *www.ambientediritto.it*, 2, 2021, p. 603 ss.; G.D. COMPORTI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *www.federalismi.it*, 13, 2023, p. 120 ss., spec. p. 164 ss.; R. LOMBARDI, *Energie rinnovabili e diritto privato. Strumenti negoziali e tutela dell'ambiente verso la nuova transizione energetica*, Napoli, 2023, pp. 182 ss., 188 ss., che mostra il peso assunto nel bilanciamento dal nuovo principio europeo «efficienza energetica al primo posto» (*Energy Efficiency First*), introdotto dall'art. 2, punto 18, del Reg. UE 2018/1999, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima (e v. ora l'art. 3 della nuova Dir. 2023/1791/UE sull'efficienza energetica).

11 Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I, c. 441 ss., con nota di R. ROMBOLI.

della recente revisione "ecologica" degli artt. 9 e 41[12], la salute, la vita, la dignità umana e l'integrità ecologica[13] sono valori inviolabili e, come tali, sottratti a ogni compromesso, nei limiti del loro nucleo essenziale e incomprimibile.

2. La sentenza n. 85/2013 sul caso Ilva e il «ragionevole bilanciamento» tra diritti fondamentali espressioni della dignità della persona.

La sentenza n. 85/2013, com'è noto, ha respinto i dubbi di legittimità sollevati dalla magistratura tarantina sul d.l. n. 207/2012 (c.d. decreto "salva Ilva", convertito con modifiche in l. n. 231/2012), che attribuiva al Ministero dell'ambiente il potere di autorizzare la prosecuzione di un'attività produttiva strategica, per un periodo non superiore a 36 mesi, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA), qualora fosse stata accertata l'assoluta necessità di salvaguardare l'occupazione e la produzione, e fosse stata garantita la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo «le migliori tecniche disponibili» (art. 1, comma 1, d.l. cit., in conformità agli artt. 3, comma 1, lett. a, Dir. 2008/1/CE, e 11, lett. b, Dir. 2010/75/UE).

I giudici costituzionali negano che la rilevanza "primaria" del diritto alla salute e all'ambiente possa tramutarsi in una preminenza gerarchica sugli altri diritti della persona: la *ratio* del decreto consisterebbe nella realizzazione di un «ragionevole bilanciamento» tra diritti fondamentali, in particolare alla salute e al lavoro (o, meglio, alla produzione), i quali si

12 Legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1 («Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente»), che ha aggiunto un terzo comma all'art. 9, stabilendo che la Repubblica: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». La modifica dell'art. 41, invece, si limita a ritoccarne il secondo e il terzo comma: da un lato, si aggiungono «salute» e «ambiente» tra i limiti interni all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, sì che quest'ultima: «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; dall'altro, si prevede che l'attività economica pubblica e privata possa essere destinata a fini non solo sociali, ma anche «ambientali»: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Già prima della riforma non si dubitava che l'ambiente fosse «oggetto di protezione costituzionale diretta (art. 9) ed indiretta (art. 32), in virtù di norme non meramente programmatiche, ma precettive» (Cons. Stato 7 gennaio 2021, n. 172, in *www.dejure.it*).

13 Tra i principi eco-giuridici emergenti, l'integrità ecologica indica, in relazione a un ecosistema (la cui tutela è contemplata dagli artt. 9, comma 3, e 117, comma 2, lett. s, Cost.), «il *mantenimento delle sue capacità autopoietiche (auto-creative) vitali*, ossia quelle di organizzarsi, rigenerarsi, riprodursi, sostenersi, adattarsi, svilupparsi ed evolversi *nel tempo e in una specifica localizzazione spaziale*» (M. MONTEDURO, *Per una "nuova alleanza" tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le "aree naturali protette"*, in *www.GiustAmm.it*, 6, 2014, p. 1 ss., spec. p. 25, nota 49; v. anche M. DE DONNO, *L'organizzazione dei poteri repubblicani di tutela dell'"integrità ecologica" del Paese: tra complessità, adattività e resilienza del sistema*, in *Istit. feder.*, 4, 2022, p. 899 ss.).

trovano in un rapporto di «integrazione reciproca», senza che uno di essi abbia la «prevalenza assoluta sugli altri». Se così non fosse, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»[14].

Concetto, questo, declinato nel canone scientifico del redattore della sentenza[15], il quale osserva, sulla scia di Dossetti, che il valore della dignità, «in quanto presupposto assiologico dei diritti fondamentali», prende il posto della stessa sovranità popolare, nel senso che il popolo sovrano «non possiede il potere giuridicamente fondato di intaccare la dignità della persona»: la *supremitas* della dignità «la *innalza* a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. *Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima*»[16].

Pertanto, la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significherebbe che essi «non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»[17].

3. Il lato debole del bilanciamento: tirannia dei valori economici e non comparabilità di interessi incommensurabili.

---

14 Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit., § 9.

15 G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 14 marzo 2008; ID., *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, p. 85 ss.; ID., *Intervento*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 476 ss.; v. anche M. MASSA, *Giurisdizione, bilanciamento, incertezza. La dottrina di Gaetano Silvestri e la sentenza sul caso Ilva*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino, 2016, p. 1397 ss.

16 G. SILVESTRI, *Considerazioni*, cit., il quale precisa che il principio personalista «si esprime in pieno solo nel nucleo irriducibile della dignità, che contrassegna la persona umana anche al di là della sua stessa esistenza fisica».

17 Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit.; v. anche Corte cost. 28 giugno 2004, n. 196, in *www.giurcost.org*, § 23; in dottrina, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 170 ss.; B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, p. 194 s.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 201 s.; S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017, p. 1 ss., spec. p. 17 ss.; ID., *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2023, p. 216 ss., spec. p. 231; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *www.federalismi.it*, 4, 2022, p. 188 ss., spec. p. 195 ss.

Fin qui la sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013, la cui *ratio decidendi* non si discosta, nella sostanza, dalle pronunce dei giudici amministrativi sul contrasto tra (tutela dell'ambiente mediante la produzione di) energie rinnovabili e tutela del paesaggio, che invocano il congruo contemperamento, secondo ragione e proporzione, degli interessi antagonisti[18].

Tuttavia, poiché il processo di risanamento dell'ex Ilva è tuttora in corso ed è destinato, tra incertezze e complicazioni infinite, a protrarsi ancora per lunghi anni, il diritto alla produzione e al lavoro (o, meglio, all'occupazione) sarebbe comunque tutelato[19], mentre quello alla salute e all'ambiente dovrebbe fare i conti con la parzialità e la lentezza degli interventi di risanamento, con buona pace del *ragionevole punto di equilibrio* evocato dalla Corte costituzionale[20].

In realtà, il ragionamento della Consulta appare «pericoloso e debole»[21], in quanto, da un lato, non richiama, inspiegabilmente, e nella sostanza contraddice, il precedente orientamento, secondo il quale l'esigenza di tutelare i livelli di produzione e di occupazione è certamente recessiva a fronte della compromissione del limite «assoluto e indefettibile», costituito dalla tollerabilità dell'emissione inquinante o climalterante per la salute umana e per l'ambiente[22];

---

18 Ancora una volta, l'opinione più diffusa (v., *supra*, § 1 e nota 10) reputa che, nel conflitto tra ambiente e paesaggio, si è al cospetto «di due valori di pari dignità costituzionale, nessuno dei quali idoneo a prevalere sull'altro dal momento che l'ordinamento rifiuta l'esistenza di *diritti tiranni*» (M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. app.*, 2020, p. 301 ss., spec. p. 302).

19 In tal senso depone, da ultimo, il d.l. n. 2/2023 (convertito con l. n. 17/2023), recante «Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale», che ha designato l'ex Ilva come «impianto di interesse strategico nazionale» e ha introdotto nuove misure per garantirne la continuità di funzionamento e la completa acquisizione da parte dello Stato tramite Invitalia, non senza approntare un nuovo scudo penale a favore dei manager dell'impianto. A commento del nuovo decreto "salva Ilva", v. E. VERDOLINI, *Un nuovo capitolo nella saga Ilva: commento al decreto-legge n. 2 del 2023*, in *Osserv. cost.*, 4, 2023, p. 36 ss.; in senso critico, perché le nuove misure «muovono da un clamoroso disconoscimento dell'avvenuta approvazione della l. cost. n. 1/2022», v. G. AMENDOLA, *Il primo decreto legge sull'ambiente del nuovo governo. Al peggio non c'è mai fine*, in *www.lexambiente.it*, 13 gennaio 2023; M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2023, p. 59 ss., spec. p. 81 s. (da cui si cita).

20 Cfr. P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute* vs *diritto al lavoro?*, in *Working Papers Olympus*, 27, 2013, p. 1 ss., spec. p. 11 s.

21 M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1017 ss., spec. p. 1026. Di soluzioni «quanto mai deboli o per lo meno opinabili», avallate, in sede di bilanciamento, dal legislatore e dal giudice costituzionale, discorre C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 3, 2021, II, p. 137 ss., spec. p. 153.

22 Corte cost. 16 marzo 1990, n. 127, in *Giur. cost.*, 1990, p. 718 (a commento, L. VIOLINI, *Protezione della salute e dell'ambiente "a ogni costo"*, *ivi*, p. 727 ss.; B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*, in *Regioni*, 1991, p. 525 ss.); in linea, Corte cost. 24 luglio 2009, n. 250, in *www.cortecostituzionale.it*. L'orientamento della Corte si conforma così alla "primarietà" dell'interesse ambientale sul piano costituzionale, definita come l'insuscettibilità di

dall'altro, avendo blindato la tutela della produzione, senza considerare, dietro il paravento formale dell'AIA, evidenti e reiterate lesioni all'ambiente e alla salute, ha realizzato «lo stravolgimento di un principio», sempre osservato dalla Corte di Strasburgo, alla stregua del quale il diritto di proprietà, pur essendo configurato in termini di diritto fondamentale, gode di una protezione non equiparabile al diritto alla vita o alla salute[23].

La decisione della Consulta, a ben guardare, è compromessa da un'impostazione distorta, poiché sul banco degli imputati è finito il lavoro, anziché la libertà d'iniziativa economica, con una inversione logica, prima che assiologica, che ha relegato sullo sfondo il vero tema: quello dei modi di organizzazione della produzione, che mettono a rischio tanto la salute e l'ambiente, quanto il lavoro[24].

Pertanto, un inquinamento ambientale dannoso, se non letale, per la salute umana (e l'ambiente stesso) non è mai giustificabile, nemmeno se accresca il profitto o il numero dei lavoratori di un'impresa[25]; sì che, occorre valorizzare, nel bilanciamento, «le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita», secondo quanto afferma, ancora con riguardo alla vicenda dell'Ilva, la sentenza n. 58/2018 della stessa Corte costituzionale[26], la quale non dubita che, nel caso di specie, gli interessi in conflitto siano non già la salute e il lavoro, bensì la salute e la libertà d'iniziativa economica, la cui tutela, alla luce dell'ordine di preferenza tra valori stabilito dall'art. 41 Cost., non può che essere recessiva[27].

---

subordinazione a qualsiasi altro valore costituzionalmente tutelato, «ivi compresi quelli economici» (Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151, *ivi*).

23 È il rilievo di G. TUCCI, *La tutela della proprietà nella CEDU e le sue ripercussioni di diritto interno*, in F. MACARIO-A. ADDANTE-D. COSTANTINO (a cura di), *Scritti in memoria di Michele Costantino*, II, Napoli, 2019, p. 1365 ss., spec. pp. 1384 e 1385, perplesso per il «dubbio e forse inammissibile bilanciamento», operato dalla Corte.

24 Cfr. D. GAROFALO, *Diritto del lavoro e sostenibilità*, in *Dir. merc. lav.*, 1, 2021, p. 35 ss., spec. p. 60 s.

25 Cfr. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, in P. PERLINGIERI *et al.*, *Manuale di diritto civile*, XI ed., Napoli, 2022, p. 17.

26 Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3.2 (a commento, V. CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018*, in *Amb. e svil.*, 2018, p. 385 ss.; D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 2, 2018, p. 193 ss.; V.I. GIGANTE, *I principi «costituzionalmente» tutelati e la loro contrapposizione. Nota dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018*, in *www.ambientediritto.it*, 4, 2019, p. 54 ss.).

27 La Costituzione ha "opportunamente" subordinato la libertà d'impresa ai vincoli dell'art. 41 (v. Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 289, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3.3.3). Del resto, «un vero diritto al lavoro non può esistere se non in condizioni di sicurezza e incolumità ambientale. Lavoro e salute si pongono come valori complementari, non contrapposti: volti della dignità e della sicurezza dell'uomo-lavoratore» (C. CREA, in EAD.-L.E. PERRIELLO, *Salute, ambiente e iniziativa economica: tecniche di bilanciamento ed effettività dei rimedi*, in *Actual. jur. iberoam.*, 14, 2021, p. 748 ss., spec. p. 762). In questa direzione, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) ha ipotizzato una "*just transition*" verso un'economia de-carbonizzata, sostenibile e circolare, ispirata al concetto universale di "*decent work*" ("lavoro dignitoso"), sì che occorre che il lavoro sia di qualità, nel rispetto delle

Diversamente, sarebbe lecito chiedersi se non sia proprio l'interesse economico ad essere divenuto "tiranno" rispetto ai diritti alla vita, alla salute e all'ambiente[28], così svelando il lato debole del bilanciamento, ridotto a un comodo artificio retorico o politico per camuffare come difesa del lavoro un'attività priva di dignità e di sicurezza, ma strumentale ad alimentare ricchezze individuali e posizioni di privilegio[29]. Tuttavia, proprio il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 58/2018, ha riconosciuto i diritti alla salute e alla vita come valori costituzionali inviolabili[30], che, a rigore, non potrebbero essere contemperati o negoziati con interessi incommensurabili, in quanto essenzialmente economici[31]. Nel "bilanciamento" tra esigenze economico-finanziarie ed esigenze ecologico-sociali, «la diversa connotazione e importanza

---

condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana (v. REPORT OF THE DIRECTOR-GENERAL, *Decent Work. International Labour Conference 87th Session 1999*, Geneva, 1999, in *www.ilo.org*, p. 3). Nel 2015 il *decent work* diventa l'obiettivo 8 dell'Agenda 2030 («lavoro dignitoso e crescita economica»), mentre l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali UE proclama, al primo comma, che ogni lavoratore «ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Cfr. G. CENTAMORE, *Una* just transition *per il diritto del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 1, 2022, p. 147 ss.; B. CARUSO-R. DEL PUNTA-T. TREU, *"Manifesto". Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*, Catania-Firenze-Roma, 2023.

28 Solleva il quesito il Gip Taranto, ord., 8 febbraio 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 26, il quale, attesa l'irragionevolezza delle continue proroghe del termine per attuare il piano di risanamento del polo siderurgico tarantino, si chiede ancora come si possa parlare di «bilanciamento di diritti» (p. 30). Avverte che la composizione equiordinata dei diritti rischia di avallare «uno "sbilanciamento" in cui l'individuo potrebbe essere sacrificato in nome degli interessi dei poteri forti», M. FALCONE, *La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche*, in *Studi integr. eur.*, 2017, p. 365 ss., spec. p. 379, nota 59; segnala come l'evoluzione legislativa degli ultimi anni mostri la funzionalizzazione del diritto del lavoro a obiettivi mercantili, che hanno realizzato una «tirannia dei valori economici», V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *www.costituzionalismo.it*, 3, 2019, II, p. 101 ss.

29 È la critica severa al metodo del bilanciamento avanzata da P. FEMIA, in *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte seconda): R. Natoli intervista Francesco Denozza e Pasquale Femia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 3 luglio 2020, p. 1 ss., spec. p. 11: «proprio là dove le scelte sono tragiche, perché distruttive di valori, e maggiore sarebbe l'esigenza di equilibrio e proporzione che tale metodo vorrebbe prometterci, più cocente è la delusione: non soltanto col bilanciamento non si riduce e talvolta persino si moltiplica l'incontrollabilità razionale del giudizio (poiché nessun bilanciamento ha un solo esito possibile), ma soprattutto si offre a strategie di sopraffazione [...]: un comodo artificio retorico per chiamare 'dignità umana oltre la vita' la difesa di ricchezze individuali e posizioni di privilegio».

30 Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, cit., § 3.3.

31 Nell'ipotesi di collisione tra vita, salute, ambiente e dignità umana, da un lato, e interessi di natura economica, dall'altro, «si tende ad escludere qualsiasi bilanciamento, perché trattasi di entità non comparabili ed ontologicamente incommensurabili. L'iniziativa economica non è un valore, non ha alcuna funzione unificante della comunità politica» (C. CREA, in EAD.-L.E. PERRIELLO, *Salute*, cit., p. 758, con riferimento al pensiero di M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 67 s.). Dubita, nel caso di specie, della possibilità di un bilanciamento tra interessi incommensurabili, M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, p. 4 ss., spec. p. 43; ID., *Economia circolare e diritto*, cit., p. 722 ss.; ID., *Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 495 ss., spec. p. 504 ss.; ID., *La transizione*, cit., p. 125 s.

degli interessi antagonisti impedisce che il *fine* (l'attuazione dei diritti sociali e ambientali della persona) possa essere posto sullo stesso piano del *mezzo* (l'efficienza economica)»[32].

Non sorprende, allora, che l'insufficiente risposta legislativa e istituzionale dello Stato italiano sul caso Ilva sia stata sanzionata dalla Corte di Strasburgo[33], che ha accolto il ricorso di alcuni cittadini di Taranto e ha condannato lo Stato italiano per non aver saputo proteggere la vita e la salute dei ricorrenti e dei propri familiari, valorizzando, in applicazione dell'art. 8 della CEDU, anche l'interesse privato alla qualità della vita, così smentendo il compromesso raggiunto dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013.

La pronuncia *Cordella*, infatti, pone inequivocabilmente il nostro Giudice delle leggi dinanzi all'inadeguatezza del procedimento amministrativo di autorizzazione integrata ambientale (AIA) a ponderare gli interessi di chi svolge un'attività industriale potenzialmente pericolosa e gli interessi di coloro sui quali quell'attività impatta. La valutazione *astratta* di adeguatezza dell'AIA, ai fini del bilanciamento, «viene considerata insufficiente, essendo invece necessario verificarne *concretamente*, alla luce dei dati scientifici, l'efficacia reale in termini di protezione di *tutte* le istanze, gli interessi e i diritti ponderati»[34]. E questa critica "sostanzialista" è destinata a investire anche la successiva pronunzia del Consiglio di Stato n. 4802 del 2021[35], che, ancora in sintonia con la sentenza n. 85/2013 della Consulta, annulla un'ordinanza del sindaco di Taranto di sospensione dell'attività produttiva rischiosa, confermata dal Tar Lecce[36],

32 M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., p. 43 s. Parla, al riguardo, di bilanciamento *ineguale*, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir.*, 1995, p. 560 ss. L'a., più di recente, osserva che la (forse troppo) fortunata tecnica del bilanciamento «tende un po' in tutto il mondo a diventare una sorta di *Zauberformel*, alla quale si ricorre in mancanza di strategie argomentative più salde» (ID., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2016, p. 1 ss., spec. p. 13).

33 Corte EDU 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (a commento, F. GIAMPIETRO, *Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Amb. e svil.*, 2019, p. 263 ss.; S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti: riflessioni sulla portata dell'art. 8 e dell'art. 13 CEDU nel diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 323 ss.; R. PICONE, *A difficult balance of interests: the ILVA case reaches the European Court of Human Rights*, in *www.ambientediritto.it*, 4, 2020, p. 38 ss.).

34 T. GUARNIER, *Ancora sul caso Ilva… sotto la lente della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 3, 2018, p. 485 ss., spec. p. 499.

35 Cons. Stato 23 giugno 2021, n. 4802, in *Foro it.*, 2021, III, c. 572 ss., con nota di M. RENNA, *Il conflitto jonico: polo siderurgico e tutele giuridiche* (*ivi*, c. 585 ss.).

36 A commento dell'intera vicenda giudiziaria, V. CAVANNA, *Ancora sulla tutela della salute e i poteri del Sindaco in caso di installazioni soggette ad AIA: il caso* ex *ILVA di Taranto*, in *Amb. e svil.*, 2021, p. 711 ss.; G. IACOVONE-A. IACOPINO, *Precauzione e prevenzione: nel dedalo delle competenze comunali, regionali e statali si attenua la tutela dei (diritti fondamentali dei) cittadini*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9 settembre 2021.

arroccando il proprio ragionamento formalistico esclusivamente sull'AIA, considerata garanzia *ex se* della legittimità della condotta dell'azienda[37].

Occorre più che mai chiarire, a fronte delle oscillazioni giurisprudenziali, che il bilanciamento tra principi deve tenere in considerazione il diverso "peso" dei medesimi, in coerenza con un concetto fondamentale: prima la tutela e il soddisfacimento dei diritti "incomprimibili", poi il rispetto degli imperativi economici e dei vincoli finanziari[38], evitando così di bollare come "tirannia" persino il rispetto della vita e la tutela della salute e dell'ambiente, senza comprendere che non vi è alcuna tirannia di valori, ove vi è comunicazione democratica sui valori[39].

---

37 In linea con l'approccio formale e le conclusioni del Cons. Stato, M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. e impr.*, 2022, p. 537 ss., spec. p. 545. *Contra*, S. LAFORGIA, *«Se Taranto è l'Italia»: il caso Ilva*, in *Lav. e dir.*, 1, 2022, p. 29 ss., spec. p. 46 ss., secondo la quale il dispositivo dell'AIA, in quanto precipitato di un bilanciamento imperfetto, è incapace di dare una risposta adeguata alle esigenze di tutela della vita, dell'ambiente e della salute. Occorre, quindi, superare il bilanciamento "equiponderale", «che costringe a mediazioni insoddisfacenti, talvolta impossibili» (p. 48), giacché la disciplina dell'ex Ilva è volta prioritariamente alla prosecuzione dell'attività produttiva, mentre «la caratterizzazione di impresa strategica dello stabilimento finisce per costituire una patente di immunità» (p. 49); EAD., *Il lavoro sicuro nella cosmogonia costituzionale: il "caso Ilva"*, in *www.giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2023; A. BUONFRATE, *I tre livelli di tutela ambientale. Le situazioni giuridiche oggetto di tutela*, in ID.-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve*, cit., p. 835 ss., spec. p. 864 s.; M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 167 ss.

38 Il bilanciamento con altri interessi deve comunque garantire «un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432, in *www.cortecostituzionale.it*), sì che le esigenze della finanza pubblica non possono «comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute» (Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309, *ivi*). Eloquente è la sentenza della Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275, in *www.personaemercato.it*, 31 gennaio 2017, con nota di G. VETTORI, *I diritti fondamentali e le esigenze di bilancio*, la quale, con riguardo al rapporto tra l'effettività del diritto allo studio, sotto forma di erogazione dei necessari servizi di assistenza agli studenti disabili (art. 38, comma 3, Cost.), e i vincoli di finanza pubblica, compendiati nel principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), ha chiarito che è «la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

39 Cfr. P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, (1999), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 327 ss., spec. p. 344, il quale chiarisce che i valori costituzionali «sono le forze costitutive e gli argomenti dibattuti, le strutture portanti e le finalità da realizzare, sono la democrazia e ciò che democraticamente si discute in una comunità di eguali». Tuttavia, se i fatti ambientali, per incidere sui processi sociali, devono essere "comunicati", ossia percepiti, interpretati, tradotti nei diversi "codici" (categorie concettuali, normative e valoriali) vigenti nei sottosistemi sociali (politica, economia, diritto, scienza, educazione, religione, ecc.), l'interazione tra sistemi complessi e articolati, come l'ambiente, la società e l'economia, patisce problemi di comunicazione, soprattutto a causa dei diversi codici di funzionamento, che ne esaltano l'autoreferenzialità. Sul punto, più di altri, N. LUHMANN, *Comunicazione ecologica*, (1986), trad. e cura di A. Cevolini, Milano, 2021 (e v. anche A. CEVOLINI, *La minaccia ecologica come forma di comunicazione. Il punto di vista della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann*, in *Phil. Kitchen*, 15, 2021, p. 51 ss.).

Si tratta, quindi, non già di un malinteso «bilanciamento a senso unico»[40], che imponga una prevalenza aprioristica e assoluta, bensì di prendere atto che, nel vigente ordinamento italo-europeo, il rispetto della persona e la protezione dell'*habitat* naturale, assunti come valore costituzionale unitario, costituiscono l'idea forte della legalità costituzionale, secondo la quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.). Indici, questi, di una priorità, logica e assiologica, della persona nella coessenziale dimensione ecologica, che l'interprete, fedele alla legalità costituzionale, non può non rispettare[41].

4. La gerarchia dei valori essenziali per la sopravvivenza e la ricerca di un equilibrio "eco-antropo-centrico".

In realtà, sul piano della politica del diritto, la scelta della preminenza del dato produttivo e occupazionale sulla tutela dell'ambiente e della salute potrebbe affermarsi soltanto come soluzione emergenziale e di breve termine, associata a un programma ben definito di transizione o di ritorno alla normalità[42]. Il legislatore, invece, «ha fatto un uso smodato della

---

40 È l'incauto rilievo di V. CAPPELLI, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli* Energy Performance Contracts, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2019, p. 18 ss., spec. p. 36, sebbene riconosca la «prevalenza dell'interesse alla tutela dell'ambiente sulla concorrenza, di cui è esemplificativa la direttiva sugli appalti verdi» (*ivi*, nota 53); su posizioni simili, già S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 367 ss., spec. p. 370 ss., ove si paventa che, per la plusvalenza assiologica del valore persona, il bilanciamento si trasformi in una «ponderazione *a senso unico*» (p. 373); e v. anche M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, Audizione presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 16 gennaio 2020, in *www.senato.it*, p. 1 ss., spec. p. 19, il quale, pur definendo gli interessi ambientali «valori costituzionali fondamentali» e «precondizioni essenziali» per la garanzia dei diritti individuali e degli interessi collettivi, invita a scongiurare «il rischio di gerarchie astratte e aprioristiche» e, quindi, «la "tirannia" degli interessi ambientali»; B. SAAVEDRA SERVIDA, *Sviluppo sostenibile e autonomia d'impresa. L'interesse ambientale come limite all'autonomia privata?*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 1, 2023, p. 143 ss., spec. p. 155 ss.

41 In tal senso, M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 134. Il bilanciamento, dunque, trova sempre un limite invalicabile nel nucleo irriducibile della tutela integrata della dignità umana e dell'*habitat* naturale. Sul "nucleo irriducibile" dei diritti fondamentali, v. S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018, p. 89 ss.; L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *www.rivistaaic.it*, 1, 2021, p. 454 ss.

42 Programma che dovrebbe fungere per le popolazioni locali da «strumento per costruire nuove possibilità di sviluppo ambientalmente e socialmente sostenibile» (P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Bergamo, 2018, p. 126, il quale nota che la misura emergenziale, in quanto di breve durata, è

decretazione emergenziale e della tecnica della "proroga", così comprimendo - e relativizzando - in maniera "strutturale" gli interessi alla salute e all'ambiente e continuando a dare prevalenza all'interesse dell'attività produttiva». Al contrario, «il bilanciamento fra valori e dimensioni contrapposti deve essere condotto, fuori da ogni logica emergenziale, sulla base di chiari criteri costituzionali o legislativi di prevalenza»[43].

Qualora non riesca a essere condotto in tal modo, il bilanciamento «non può che essere guidato dai criteri che più chiaramente emergono dal sistema europeo e internazionale di tutela dei diritti umani, posto che i giudici nazionali sono chiamati a muoversi nel confronto dialettico con la giurisprudenza delle corti di Strasburgo e del Lussemburgo»[44]. In questa prospettiva, la tutela assicurata dalla Corte EDU con la sentenza *Cordella* avrebbe potuto essere ancor più ampia e incisiva, se la qualità di vittime fosse stata riconosciuta ai ricorrenti anche sotto il profilo della violazione del diritto fondamentale alla vita, sancito e protetto, come bene primario, dall'art. 2 della CEDU[45]. E proprio in tal senso, alcuni dipendenti dell'ex Ilva e oltre 200 persone residenti tra Taranto e provincia hanno presentato un secondo ricorso alla Corte EDU per mancata esecuzione della sentenza 24 gennaio 2019 e violazione dei diritti garantiti dalla CEDU, quali il diritto alla vita (art. 2), alla vita privata e familiare (art. 8) e a un ricorso effettivo (art. 13). La Corte ha emesso, il 5 maggio 2022, quattro nuove sentenze di condanna dello Stato italiano, constatando che l'attività dell'acciaieria continua a rappresentare un rischio per la salute, la vita e l'ambiente, in violazione degli artt. 8 e 13 della CEDU[46].

Dal canto suo, il Gip di Taranto ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità della perdurante situazione di sospensione di provvedimenti urgenti a tutela di diritti fondamentali[47], secondo la linea evolutiva tracciata dalla citata sentenza n. 58/2018 della stessa Corte. Il Giudice delle leggi, peraltro, ha ordinato la restituzione degli atti al Gip tarantino «per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle

---

contraria, per sua stessa natura, al principio di sostenibilità, inteso nel senso diacronico di un orizzonte temporale "durevole", proiettato nel futuro a favore delle generazioni venture).

43 A. BUONFRATE, *Principi*, cit., p. 106; similmente, ID., *I tre livelli di tutela ambientale*, cit., p. 866 s.

44 A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva'*, in *www.federalismi.it*, 12, 2019, p. 2 ss., spec. p. 23.

45 Cfr. L. TAFARO, *Disastri ambientali, tutela dallo sviluppo e nuove concezioni del diritto alla vita nel sistema italo-comunitario*, in A.F. URICCHIO (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Bari, 2014, p. 67 ss., spec. p. 79 ss.

46 Sentenze relative ai ricorsi nn. 4642/17, *Ardimento e altri c. Italia*, in *www.echr.coe.int*; 37277/16, *A.A. e altri c. Italia*, *ivi*; 48820/19, *Briganti e altri c. Italia*, *ivi*; 45242/17, *Perelli e altri c. Italia*, *ivi* (a commento, M. GRECO, *Il caso "ex-Ilva" ritorna davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: quattro nuove condanne per l'Italia*, in *www.diritticomparati.it*, 26 luglio 2022, p. 1 ss.; G. PACI, *La Corte EDU condanna l'Italia sul caso ex Ilva di Taranto*, in *www.centrostudilivatino.it*, 27 maggio 2022).

47 Gip Taranto, ord., 8 febbraio 2019, cit.

questioni alla luce del mutato quadro normativo»[48]. Situazione di stallo che potrebbe sbloccarsi, anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41 Cost., per effetto della "*class action*" promossa nel 2021 dinanzi al Tribunale di Milano, specializzato in materia d'impresa, da alcuni cittadini di Taranto contro Acciaierie d'Italia S.p.A. e Ilva in amministrazione straordinaria per chiedere la protezione in via inibitoria collettiva di diritti omogenei (diritto alla salute, diritto alla serenità e tranquillità nello svolgimento della vita, diritto al clima) dei residenti di Taranto e Comuni limitrofi, gravemente lesi dall'attività produttiva notevolmente inquinante e pericolosa per la salute e la vita stessa dei cittadini[49].

Del resto, l'immane emergenza sanitaria da Covid-19 ci ha insegnato, o forse confermato, che la gerarchia tra i diritti esiste, e può portare a sacrifici pressoché totali di alcuni diritti personali o economici per salvaguardare il diritto fondamentale alla vita e alla salute, che rappresenta il presupposto per l'esercizio e il godimento degli altri diritti[50], così smentendo, ancora una volta, l'approccio della Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013[51].

---

48 Corte cost., ord., 8 novembre 2019, n. 230, in *www.giurcost.org*. (a commento, V. CAVANNA, *Il GIP di Taranto solleva una nuova questione di legittimità costituzionale sulla disciplina c. d. "salva ILVA"*, in *Amb. e svil.*, 2019, p. 191 ss.; S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'salva-Ilva'*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 14 febbraio 2019).

49 La mancanza di norme di protezione appropriate, conformi alle direttive europee, e l'adozione di politiche perennemente "dilatorie", pur di adeguare l'attività industriale all'autorizzazione concessa, hanno indotto il Tribunale adito a rimettere, con ordinanza 16 settembre 2022, alla Corte di giustizia UE tre questioni: la valutazione di danno sanitario nel procedimento di rilascio e riesame dell'AIA; il set delle sostanze nocive da considerare ai fini del rilascio e riesame dell'AIA; i tempi di adeguamento delle attività industriali alle prescrizioni dell'AIA (v. A. BUONFRATE, *I tre livelli di tutela ambientale*, cit., p. 863 s.).

50 In effetti, dinanzi al pericolo pandemico, il diritto e la politica hanno reagito «organizzando una risposta istituzionale che riflette la gerarchia dei valori essenziali per la sopravvivenza» (F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 577; v. pure V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza Coronavirus*, in *www.ambientediritto.it*, 4, 2020, p. 1092 ss.; D. MORANA, *Il fondamentale diritto alla salute nell'emergenza pandemica:* princeps *o tiranno nel sistema dei diritti costituzionali?*, in *Quad. cost.*, 4, 2022, p. 839 ss.).

51 Cfr. D. MORANA, *La fondamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in EAD. (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2020, p. 161 ss.; M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., p. 48 s.; ID., *Emergenza e ambiente*, cit., p. 514 s. Il nostro Governo, nella fase più cruenta dell'emergenza sanitaria, ha rovesciato il bilanciamento equiordinato dei diritti, per consegnare una posizione di vantaggio al diritto collettivo alla salute, che ha prevalso sulle altre situazioni soggettive, divenute simultaneamente recessive: v. G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osserv. fonti*, fasc. speciale, 2020, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, p. 541 ss., spec. p. 559; F. MASCI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà d'iniziativa economica nell'ordinamento dell'UE, ovvero della nuova gerarchia di valori disegnata dalla CGUE in conformità al Trattato di Lisbona*, in *DPCE online*, 2, 2022, p. 1339 ss., spec. p. 1353, ove si nota che lo stato di emergenza «ha

La "storia infinita" del polo siderurgico tarantino[52] dimostra che non è possibile prescindere, nell'affrontare le questioni economiche, sociali e ambientali, dalla ricerca di un equilibrio "eco-antropo-centrico"[53], che miri a garantire le esigenze anche delle generazioni future[54], in linea con il principio di sostenibilità e con gli obiettivi ecologici perseguiti dall'art. 191 TFUE e dai nuovi artt. 9 e 41 Cost., nella consapevolezza, gravemente sottovalutata dalla cultura antropocentrica occidentale, che il danno all'ambiente naturale non è altro che un danno (non di rado irreparabile) alla vita e alla salute umana[55].

---

comportato l'instaurazione di una gerarchia valoriale provvisoriamente rigida, che ha reso precauzionalmente tiranno il diritto alla salute nonché ragionevolmente e proporzionalmente sacrificabile il nucleo essenziale degli altri diritti».

52 Cfr. S.M. CORSO, *La storia infinita: la sentenza della Corte Edu sui risvolti ambientali e giuslavoristici della vicenda Ilva*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, p. 405 ss.; B. PAKNAZAR, *Ex Ilva: la storia infinita di due diritti in bilico*, in *www.ilbolive.unipd.it*, 12 novembre 2019; M. MELI, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's Never-Ending Story*, in *ItaLJ*, 2020, p. 477 ss.

53 Sull'approccio "eco-antropo-centrico", v. M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 88 ss., spec. p. 91 ss. In questa prospettiva, «sopravvivenza umana diventa sinonimo non di "risorse naturali" da sfruttare, ma di pari dignità costituzionale (da garantire) nel rapporto uomo-natura» (M. CARDUCCI, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *www.diritticomparati.it*, 9 maggio 2014, p. 1 ss., spec. p. 4). Si avvia, così, «un dialogo interdisciplinare e interculturale che mette in contatto l'"umanesimo" con l'"animismo" di chi professa, dalle più svariate angolazioni, che il dualismo umano-non umano (cultura/natura) debba dare luogo a una simbiosi fra umanità e natura» (R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 2, 2019, p. 367 ss., spec. p. 384). Simbiosi che ritorna, alla luce della revisione "ecologica" della Costituzione, nell'opinione di chi avvalora «[n]on più un "paesaggio" servente rispetto allo sviluppo della persona (e dunque un art. 9 Cost. letto in funzione dell'art. 2 Cost.), bensì un "ambiente" coessenziale rispetto a uno svolgimento pieno dell'esistenza umana (e dunque artt. 2 e 9 Cost. come principi "simbiotici")» (G. CAVAGGION, *Equità generazionale e ordinamento costituzionale*, in *www.lceonline.eu*, 3, 2022, III, p. 9 ss., spec. p. 10, in linea con G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022).

54 Emblematico, al riguardo, il Preambolo della Carta UE, ove si sancisce che il godimento dei diritti fondamentali «fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future» (e v. pure l'art. 2, Reg. 2000/2493/CE, sull'integrazione della dimensione ambientale nel processo di crescita dei paesi in via di sviluppo). Per la copertura costituzionale dei bisogni vitali delle generazioni future, ora riconosciuta dal terzo comma dell'art. 9 Cost., v. K.S. EKELI, *Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations*, in *Ratio Juris*, 3, 2007, p. 378 ss.; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. e merc.*, 2015, p. 37 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; E. BUONO, *La solidarietà intergenerazionale come* common core *del costituzionalismo ambientale europeo e la riforma della Costituzione italiana*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022, p. 109 ss.; in chiave critica, F. CIRILLO, *L'interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili*, in *www.ambientediritto.it*, 2, 2023, p. 319 ss.

55 Cfr. M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., p. 50; nonché C. DE SINNO, *Il principio di precauzione come fondamento dell'azione di tutela civile preventiva dei diritti della persona alla salute e alla*

Del resto, la stessa revisione "ecologica" degli artt. 9 e 41 Cost. appare ispirata all'approccio olistico "One Health", che riconosce come la salute degli esseri umani sia strettamente legata alla salute degli animali e dell'ambiente[56]; approccio accolto dal nostro Governo nel d.l. n. 36/2022 (convertito in l. n. 79/2022), che, in attuazione del PNRR, ha istituito il Sistema Nazionale Prevenzione Salute dai rischi ambientali e climatici (SNPS), ispirato appunto all'approccio integrato "One Health" nella sua evoluzione "Planetary Health" (art. 27, comma 2). In questo modo, l'ambiente, inteso come sintesi degli elementi che, nella complessità delle proprie interrelazioni, configurano l'*habitat* e le condizioni di vita dell'uomo e della natura, si discosta «da una visuale esclusivamente 'antropocentrica'»[57].

Non è un caso, quindi, che il Piano nazionale per la Transizione Ecologica (PTE), approvato dal Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica (CITE) con delibera dell'8 marzo 2022, si sviluppi secondo un "approccio sistemico", «caratterizzato da una visione olistica e integrata, che include la conservazione della biodiversità e la preservazione dei servizi ecosistemici, integrando la salute e l'economia e perseguendo la qualità della vita e l'equità sociale»[58]. Non soltanto tutela dell'ambiente, ma anche salute, misure sociali e politiche, sì che

---

salubrità dell'ambiente, in A. BONOMO-L. TAFARO-A.F. URICCHIO (a cura di), *Le nuove frontiere dell'eco-diritto*, Bari, 2021, p. 117 ss., spec. p. 122.

56 Approccio che sembra già ispirare la Corte di Cassazione, là dove qualifica il danno non patrimoniale in una dimensione ecosistemica *One Health*, nella quale «la persona umana, pur considerata nella sua "interezza", è al tempo stesso dialogo interiore con se stessa, ed ancora relazione con tutto ciò che è altro da sé»: Cass. 9 giugno 2015, n. 11851, in *www.altalex.com*, 31 agosto 2015, con nota di E. FOLIGNO, *Danno morale come sofferenza interiore e alterazione delle dinamiche relazionali*; v. anche F. RESCIGNO-G. GIORGINI PIGNATIELLO (a cura di), One Earth - One Health. *La costruzione giuridica del Terzo Millennio*, Torino, 2023.

57 Sono le parole dello stesso legislatore costituzionale: SERVIZIO STUDI DELLE CAMERE, *Dossier* n. 405/3 del 7 febbraio 2022, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, A.C. 3156-B - *Elementi per l'esame in Assemblea* (in *www.documenti.camera.it*, p. 8). Si ribadisce, così, la necessità e la fondatezza di una visione "eco-antropo-centrica" (per la quale v., *supra*, nel testo e nota 53). Diversamente, G. RAGONE, One Health *e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 3, 2022, p. 809 ss., che riduce l'approccio *One Health* a una visione antropocentrica del diritto.

58 Piano per la Transizione Ecologica, in *www.mase.gov.it*, p. 4, sulla cui attuazione v. la prima *Relazione sullo stato di attuazione del Piano per la Transizione Ecologica*, del 30 maggio 2022, *ivi*. Sul fronte della dottrina sociale della Chiesa, si auspica una svolta o "conversione ecologica", che sappia educare a una "nuova alleanza" tra l'umanità e l'ambiente, a una "ecologia integrale", che protegga il bene comune e sappia guardare al futuro, secondo l'invito formulato da PAPA FRANCESCO, *Enciclica* Laudato si', 4 maggio 2015, in *www.vatican.va*, spec. cap. IV, nn. 137-162, e cap. VI, nn. 202-221, il quale denunzia il «notevole eccesso antropocentrico», che si è verificato nella modernità, e la «presentazione inadeguata dell'antropologia cristiana», che «ha finito per promuovere una concezione errata della relazione dell'essere umano con il mondo» (cap. III, n. 116); v. pure ID., *Esortazione apostolica* Laudate Deum *del Santo Padre Francesco a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica*, 4 ottobre 2023, *ivi*, spec. cap. 6, n. 67, ove si sostiene un «antropocentrismo situato», consapevole che «la vita umana è incomprensibile e insostenibile senza le altre creature».

«non vi sarà una transizione ecologica senza una transizione economico-sociale e senza cambiamenti culturali e modelli educativi condivisi»[59].

Nulla di più distante, a ben guardare, dal concetto di "interesse ambientale" come "interesse tiranno", stigmatizzato dalla improvvida sentenza n. 85/2013 della Corte costituzionale, che appare smentita, ancora una volta sul piano del fatuo bilanciamento equiponderale, anche dalla giurisprudenza europea, la quale, con riferimento al principio di precauzione (art. 191, § 2, TFUE), non ha mancato di chiarire che esso «consente alle istituzioni, quando sussistono incertezze scientifiche riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute umana, di adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi». Con la conseguenza che lo stesso principio «impone alle autorità interessate di adottare, nel preciso ambito dell'esercizio delle competenze loro attribuite dalla normativa pertinente, misure appropriate al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la salute, la sicurezza e l'ambiente, *facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*»[60].

5. Critica del bilanciamento "equiponderale": primato gerarchico dell'interesse alla protezione della vita dal "collasso ecologico" e necessità di distinguere tra interesse ambientale "comprimibile" o "primario" e interesse ambientale "incomprimibile" o "superprimario" (dallo "sviluppo sostenibile" alla "protezione sostenibile").

Occorre, dunque, prendere le distanze dal neutro bilanciamento equiponderale tra ambiente e sviluppo, perché i valori prevalenti, secondo la gerarchia assiologica del nostro sistema ordinamentale, non possono che essere, nella loro intima correlazione, la tutela della dignità della persona e la difesa della salute e della vita nella dimensione ecologica[61]. Rileva,

59 Così, F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss., spec. p. 792. Il prossimo gradino cognitivo che l'umanità dovrebbe sviluppare è la c.d. "intelligenza ecologica", ossia la capacità dell'uomo di interagire in modo efficace con l'ambiente, al fine di comprendere gli effetti delle attività antropiche e condurre una vita il più possibile ecocompatibile. Cfr. D. GOLEMAN, *Intelligenza ecologica*, trad. di D. Didero, Milano, 2009; v. anche F. CAPRA, *Alfabetizzazione ecologica: la sfida educativa del XXI secolo*, in M. SALOMONE (a cura di), *Educational Paths towards Sustainability*, Torino, 2006, p. 123 ss.

60 Trib. UE 16 settembre 2013, causa T-333/10, *Animal Trading Company*, in *www.curia.europa.eu*, punti 80 e 79 (corsivo aggiunto).

61 Cfr. M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., p. 50; ID., *Economia circolare e diritto*, cit., p. 722 ss.; similmente, M. MONTEDURO, in ID.-S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, p. 161 ss., spec. p. 194 ss., secondo il quale «l'interesse gerarchicamente prevalente, in caso di conflitto non componibile con strategie di bilanciamento, sarebbe quello alla *difesa della vita nella dimensione ecologica*, in quanto si tratta della precondizione indefettibile per la *perpetuazione della vita nella dimensione sociale*».

di conseguenza, il bilanciamento "diseguale"[62], che istituisce una gerarchia assiologica non necessariamente mobile[63], ma saldamente ancorata al maggior "peso" intrinseco dei valori esistenziali ed ecologici: dignità, salute, vita, ambiente[64]. Nella mistificante logica del bilanciamento equiponderale, persino la Corte costituzionale «ha dovuto - o forse ha voluto - piegare il capo di fronte all'intreccio perverso tra valori costituzionalmente tutti rilevanti», ma non di pari peso, al punto che la sentenza n. 85/2013 «appare un manifesto di denegata giustizia costituzionale»[65].

---

62 Qualora si procedesse a bilanciare direttamente le ragioni economico-finanziarie e quelle dei diritti eco-sociali, il bilanciamento «dovrebbe essere "ineguale", nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni princìpi di proporzionalità e non-eccessività». Così, M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., p. 13.

63 Indica proprio la sentenza n. 85/2013 come esempio di una «gerarchia assiologica mobile», variabile secondo il gioco degli interessi nel caso concreto, E. CAPOBIANCO, *Proporzionalità e giustizia del caso concreto*, in P. PERLINGIERI-S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, p. 323 ss., spec. p. 337 s. (v. anche M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 1 ss., spec. pp. 32 e 38). Nell'esaltare una gerarchia di valori mobile, «la decisione della Consulta sembra porsi sulla scia di quanti ritengono che nelle moderne democrazie costituzionali l'unico vero principio da tutelare è il pluralismo come base fondativa della stessa attività di bilanciamento da parte dell'interprete» (C. CREA, in EAD.-L.E. PERRIELLO, *Salute*, cit., p. 757). Tuttavia, se «il relativismo dei valori costituzionali è il presupposto di un bilanciamento il cui esito è, in concreto, sempre rivedibile», ciò significa che «il relativismo dei valori rende il bilanciamento un ostacolo alla "certezza del diritto"» (è il rilievo di A. MORRONE, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, p. 91 ss., spec. p. 110). Il rischio è, dunque, che «l'operazione di bilanciamento renda i diritti fondamentali, e forse in ultima analisi la Costituzione stessa, "ciò che le Corti dicono che essa sia"» (F. FABRIZZI, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2023, p. 149 ss., spec. p. 160, in linea con G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006, p. 1 ss., spec. p. 20).

64 Si veda, per es., Corte cost. 6 luglio 1994, n. 304, in *www.giurcost.org*, ove si afferma che, nel bilanciamento legislativo tra il diritto costituzionale ai trattamenti sanitari e le esigenze di equilibrio della finanza pubblica, non v'è dubbio che, se tali esigenze «avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa». Distingue le ipotesi nelle quali il criterio del bilanciamento è dato dalla gerarchia dei valori, «che porta a ravvisare un limite insuperabile nel contenuto minimo dei diritti inviolabili», e le ipotesi dei valori pariordinati, nelle quali il bilanciamento opera mediante un apprezzamento delle circostanze del caso concreto, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss., spec. p. 33.

65 Così, G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *www.senato.it*, p. 1 ss., spec. p. 7. Stride, per contro, l'elogio della sentenza n. 85/2013, che avrebbe consegnato «pagine storiche sul bilanciamento e sulla inammissibilità di *diritti tiranni*» (A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi*

Ecco perché si è reputato opportuno introdurre espressamente, tra i principi fondamentali e incomprimibili della Carta costituzionale, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi: la previsione del nuovo art. 9, comma 3, Cost., al pari del novellato art. 41 Cost., potrà rafforzare, nel bilanciamento, il valore della tutela ambientale[66], e dunque promuovere uno sviluppo "umano ed ecologico" del tessuto sociale, economico e istituzionale[67], in modo tale da «assicurare un bilanciamento diseguale nei giudizi costituzionali e porsi come effettivo limite all'attività pubblica e privata»[68].

In particolare, il riferimento espresso all'«ambiente» e all'«interesse delle future generazioni» è in grado di costituire un vincolo stringente per gli organi titolari della potestà normativa, giurisdizionale e amministrativa, ossia, un parametro sostanziale di legittimità costituzionale, che impone istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a valutare, secondo un sindacato giudiziale di proporzionalità e ragionevolezza, gli effetti di lungo periodo delle scelte di quegli organi stessi[69]. L'intervento del legislatore costituzionale è, dunque, in grado di esercitare una pressione sul legislatore ordinario e sulla giurisprudenza, tale da provocare effetti notevoli sulle politiche pubbliche e nuovi bilanciamenti[70], come del

---

costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022, in *Nomos*, 3, 2022, p. 1 ss., spec. p. 7).

66 Cfr. M. IANNELLA, *L'*European Green Deal *e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 24, 2022, p. 171 ss.

67 Sviluppo "umano ed ecologico" che appare particolarmente urgente sul fronte istituzionale, giacché «le istituzioni tutte (locali, nazionali, sovranazionali, internazionali) funzionano attraverso regole (Costituzioni, leggi, trattati) e procedure (votazioni, ponderazioni, bilanciamenti, giudizi) ecologicamente non compatibili, in quanto comunque produttive di effetti negativi e destabilizzanti all'interno degli ecosistemi e delle loro biodiversità, quindi non adattate alla condizione attuale di "deficit ecologico" del Pianeta Terra»: M. CARDUCCI, *«Demodiversità» e futuro ecologico*, in S. BAGNI (coord.), *Come governare l'ecosistema? Un approccio multidisciplinare*, Bologna, 2018, p. 62 ss., spec. p. 64 e 65 (sulla nozione di "deficit ecologico" v., *infra*, testo e nota 81).

68 G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione*, cit., p. 9; v. anche A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "*permitting*" ambientale*, in *Soc. e dir.*, 2022, p. 82 ss., che individua la *ratio* della l. cost. n. 1/2022 nella «esplicitazione superprimaria del peso e della relativa portata dell'ambiente rispetto al bilanciamento con tutti gli altri interessi, principi o diritti, "interferenti" sul piano di un potenziale confronto antitetico in sede di esercizio della discrezionalità del legislatore ordinario» (p. 106).

69 Cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2021, p. 285 ss., spec. p. 311; ID., *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istit. feder.*, 4, 2022, p. 797 ss., spec. p. 814; v. anche A. MORELLI, *La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*, in *PasSaggi cost.*, 1, 2022, p. 31 ss., spec. p. 35.

70 Cfr. R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, p. 7 ss., spec. pp. 12, 16 e 20, secondo il quale tra i principali e più immediati effetti del dovere di tutela dell'ambiente «potranno farsi discendere obblighi di astensione da interventi dannosi o comunque

resto accaduto in Germania, con la celebre pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 marzo 2021 sul cambiamento climatico, per gran parte fondata proprio sulla responsabilità verso le generazioni future, introdotta nella Costituzione tedesca con la novella, nel 2002, dell'art. 20a della Legge fondamentale[71]; e in Francia, dove all'esito della "costituzionalizzazione" della tutela ambientale, sancita dalla *Charte de l'environnement* del 2004, la sentenza del *Conseil Constitutionnel* n. 2019-823/2020 ha consacrato la necessità di tutelare l'ambiente e la salute

---

peggiorativi per l'ambiente sia in forma diretta da parte dello Stato che in forma indiretta (attraverso norme di coordinamento per l'azione di terzi); divieti di sovvenzioni pubbliche che dovessero comportare azioni o effetti dannosi per l'ambiente, senza prevedere l'imputazione dei costi su chi danneggia o inquina; obblighi di prevenzione e precauzione». Né può escludersi, sul piano processuale, «un rafforzamento di azioni giurisdizionali, anche da parte di associazioni e di soggetti collettivi, avviate sulla base della violazione dei doveri posti in capo ai soggetti pubblici dall'art. 9, c. 3, Cost.» (p. 16). La novella costituzionale implica, quindi, che ogni decisione pubblica «suscettibile di incidere sulle risorse naturali non rinnovabili con effetti sulle generazioni future dovrà essere accompagnata da studi tecnologici ed ambientali. Ciò può senz'altro indurre decisioni più attente e lungimiranti. Ma può anche innescare contenziosi inediti in un Paese già diviso e conflittuale. In sostanza le minoranze d'ora in poi avranno un potere di veto ambientale sulle politiche economiche delle maggioranze basato sulla clausola costituzionale ambientale». Così, G. MONTEDORO, ***Paesaggio, ambiente, territorio: il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale*, in *PasSaggi cost.*, 2, 2022, p. 122 ss., spec. p. 138.**

71 BVerfG, ord. 24 marzo 2021, in *www.bundesverfassungsgericht.de*. L'ordinanza ha disposto, dando ragione a talune associazioni ecologiste, che il governo federale modificasse la legge sul clima del 2019, poiché, pur mirando a decarbonizzare il paese entro il 2050, rinviava gran parte delle misure più urgenti e rilevanti oltre il 2030. Il rischio era di gravare troppo sulle generazioni future, introducendo obblighi differiti, che avrebbero potuto tradursi in riduzioni eccessive delle libertà personali, «perché quasi tutti gli aspetti della vita umana sono ancora associati all'emissione di gas serra e quindi sono minacciati dalle restrizioni drastiche che si dovranno patire dopo il 2030». È, questo, un verdetto di giustizia intergenerazionale, potenzialmente dirompente, perché pone in conflitto il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio con gli obiettivi di riduzione dei gas serra, tutelati dall'art. 20a *Grundgesetz*, secondo il quale lo Stato «tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali». Tale disposizione è destinata a prevalere ogni qualvolta occorrerà fare investimenti in disavanzo per rispettare la sentenza sul *Klimaschutzgesetz*. Sul punto, v. M. PENNASILICO, *Ambiente, mercato e "bilanciamento" degli interessi antagonisti: il lato oscuro della "transizione ecologica"*, Agrigento, 24 settembre 2021, in *www.scuolamagistratura.it*, p. 1 ss., spec. p. 8; a commento della sentenza, R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *www.lacostituzione.info*, 30 aprile 2021; M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, *ivi*, 3 maggio 2021, p. 1 ss.; S. MUCKEL, *Pflicht des Gesetzgebers zu effektivem Klimaschutz*, in *Jur. Arbeitsblätter*, 2021, p. 610 ss.; G. WAGNER, *Klimaschutz durch Gerichte*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2021, p. 2256 ss.; J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, trad. di T. Balduzzi, in *www.cortisupremeesalute.it*, 1, 2022, p. 47 ss. La nostra Corte costituzionale ha ribadito che il rispetto del principio di equità intergenerazionale «comporta la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo» (Corte cost. 7 dicembre 2021, n. 235, in *www.cortecostituzionale.it*, e già Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, *ivi*).

pubblica, non soltanto a scapito della libertà d'impresa, ma anche oltre i confini nazionali, giacché occorre tenere in considerazione gli effetti extraterritoriali delle attività esercitate all'interno del proprio Paese[72].

In questo scenario, i nuovi principi costituzionali, contenuti negli artt. 9 e 41 della nostra Costituzione, rappresentano un monito costante per il legislatore e per l'interprete, che dovranno tenerne adeguatamente conto nell'attuazione del PNRR, nella ricerca di soluzioni ecosostenibili, nelle decisioni destinate a incidere in maniera diretta o indiretta sull'ambiente[73], anche e soprattutto in quei settori industriali, particolarmente complessi e delicati, come il polo siderurgico dell'ex Ilva di Taranto.

Pertanto, vicende caratterizzate da problemi analoghi a quelli decisi dall'ambigua sentenza costituzionale n. 85/2013 potrebbero avere esiti ben diversi: proprio la priorità della tutela ambientale, che in quella sentenza è stata esplicitamente obliterata, potrebbe oggi diventare un argomento determinante. Una svolta ermeneutica, che richiede un indispensabile cambio di passo nelle politiche ambientali ed energetiche interne. In effetti, la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 617/1987, ha considerato l'ambiente come «bene primario» e «valore assoluto»[74]. Non si dubitava, ben prima della "riforma ecologica" della Costituzione, che la protezione dell'ambiente rientrasse tra i principi fondamentali «come forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e salute, con riguardo anche alle generazioni future»[75].

---

72 Cons. const. 31 gennaio 2020, n. 2019-823 QPC, in *www.conseil-constitutionnel.fr*. Plaudono a tale decisione L. FONBAUSTIER, *Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre à la lumière des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé*, in *Dr. adm.*, 4, 2020, p. 23 ss.; V. CAVANNA, *Ambiente e salute: obiettivi di valore costituzionale da tutelare anche oltre le frontiere nazionali*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 3, 2020, p. 1 ss.

73 È come se la l. cost. n. 1/2022 avesse ingenerato nel nostro ordinamento «l'inedita prospettiva superprimaria del necessario "rispetto" di un vincolo di "risultato" per l'esercizio dei futuri bilanciamenti: un vincolo ("strutturalmente") proteso a "conformare" ogni futura attività (legislativa, giurisprudenziale ed amministrativa) di "bilanciamento" rispetto a *standards* aderenti ad un asse di "natura", più, "biocentrica" - quanto alla qualità del merito delle valutazioni "controbilanciate" - tale da produrre cioè un'energica spinta di tutti i livelli istituzionali (normativo, esecutivo e giudiziario) verso una peculiare prospettiva (teleologica) focalizzata nel forgiare e quindi modellare i futuri bilanciamenti sino al "punto" di "*collocare l'individuo e le collettività nell'ambito della* [ineludibile] *dimensione di tipo relazionale che lega l'uomo all'ambiente come la* pars *al tutto*"». Così, A. MITROTTI, *Territorio*, cit., p. 108, che cita D. PORENA, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrirne una ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 3, 2020, p. 387 ss., spec. p. 400.

74 Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 617, in *www.giurcost.org*.; similmente, Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 24, *ivi*.

75 M. PENNASILICO, *Tutela dell'ambiente e situazioni soggettive*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 53 ss., spec. p. 54. Sulla cifra intergenerazionale del diritto "civil-costituzionale" della sostenibilità, v. ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale*, cit., p. 40 ss.; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, p. 331 ss.; ID.,

L'interesse ambientale è, dunque, "incomprimibile" quando tutela la vita nei suoi «fondamenti naturali»[76], ossia la possibilità stessa di esistenza e sopravvivenza dell'uomo, degli animali e della natura tutta, che è messa a repentaglio dal superamento dei c.d. "limiti planetari" (*Planetary Boundaries*), oltre i quali si rischiano mutamenti irreversibili, potenzialmente letali per ogni forma di vita[77]. Se si attribuisse al concetto generico di "interesse

---

Costituzione e protezione delle generazioni future, in F. CIARAMELLI-F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Napoli, 2017, p. 293 ss.; ID., *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, in *PasSaggi cost.*, 2, 2022, p. 26 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, cit., p. 15 ss.; M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020; P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, (n. monografico), 2021; T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Gruppo Pisa*, 3, 2022, p. 1 ss.; A. MOLFETTA, *L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2023, p. 222 ss.

76 È la formula dell'art. 20a della Legge fondamentale tedesca. Sul piano sovranazionale, il TFUE consacra la «tutela […] della vita delle persone e degli animali» e la «preservazione dei vegetali» (art. 36); persegue come «scopo essenziale» il «miglioramento costante delle condizioni di vita» dei «popoli» europei (Preambolo e art. 151) e del «tenore di vita» delle persone (artt. 37, 39, 43, 46, 91, 107, 162), considerando anche le declinazioni specifiche della «vita economica» (art. 32), della «vita lavorativa» (art. 157) e della «vita democratica» (art. 165; così pure l'art. 10 TUE). La Carta UE proclama il «diritto alla vita» (art. 2), mentre previsioni specifiche contemplano la «vita dignitosa e indipendente» e la «vita sociale e culturale» (art. 25), la «vita della comunità» (art. 26), la «vita privata» e la «vita familiare» (artt. 7 e 33), la «vita professionale» (art. 33). Sul piano nazionale, la Costituzione, da un lato, protegge la vita in virtù dell'imposizione di un divieto assoluto di «pena di morte» (art. 27, revisionato dalla l. cost. n. 1/2007); dall'altro, riferisce il «lavoro» a un diritto fondamentale alla «esistenza» (art. 36) e riconosce il diritto di disporre di mezzi adeguati alle «esigenze di vita» (art. 38); infine, considerando la vita della collettività, protegge la «incolumità pubblica» (artt. 14, 17 e 120). La stessa Corte costituzionale ha annoverato tra i principi supremi della Costituzione la «tutela della vita» (Corte cost. 15 gennaio 2013, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*).

77 Le scienze ecologiche collegano i rischi di collasso degli ecosistemi al superamento di punti critici (*thresholds* o *tipping points*), oltre i quali un ecosistema perde la propria resilienza e funzionalità. La teoria dei *Planetary Boundaries* (PB), sviluppata dal Centro studi per la resilienza degli ecosistemi di Stoccolma, individua soglie di tipo quantitativo, legate a nove macro-processi, che regolano il funzionamento dei cicli vitali dei sistemi ecologici. A destare preoccupazione è il superamento di sei dei nove limiti planetari [crisi climatica, cambiamento nell'integrità della biosfera (perdita di biodiversità), cicli biogeochimici (specie azoto e fosforo), cambiamento dei sistemi terrestri (consumo del suolo), disponibilità di acqua dolce gestita dal sistema vegetazionale (c.d. *green water*), livello di inquinamento chimico], unitamente al pericolo di oltrepassare gli altri (acidificazione degli oceani, riduzione dello strato di ozono, disponibilità di acqua dolce non "verde"). In tema, non si prescinda da J. ROCKSTRÖM *et al.*, *A safe operating space for humanity*, in *Nature*, 461, 2009, p. 472 ss.; W. STEFFEN *et al.*, *Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet*, in *Science*, 347, 2015, p. 736; v. anche G. GARVER, *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics*, in *Sustainability*, 5, 2013, p. 316 ss., spec. p. 319 ss., il quale ripensa l'idea-chiave di *rule of law*, che dovrebbe integrare la giuridificazione dei limiti ecologicamente inderogabili ed evolversi in «rule of ecological law»; D.

ambientale" il significato, ben più specifico e pregnante, di interesse a evitare il "collasso ecologico" degli ecosistemi[78], si comprenderebbe che tale interesse non è bilanciabile con altri interessi, valori o diritti, in quanto integra il presupposto o la condizione stessa di possibilità biofisica del bilanciamento[79]. Con una conseguenza fondamentale: il superamento delle «tecniche decisorie, politiche e giudiziali, prive di qualsiasi orientamento ecologico e incentrate sulla ponderazione e proporzionalità tra diritti e interessi, indistintamente collocati sullo stesso piano e prescissi dalle questioni comuni di sopravvivenza verso il futuro»[80].

Soluzione, questa, che appare obbligata e ineludibile, se solo si consideri, da un lato, che l'Agenzia Europea per l'Ambiente ha riconosciuto, nell'arco temporale 1961-2016, l'esistenza di un crescente "deficit ecologico" dell'Europa, al punto che la domanda totale di beni e servizi ecologici supera più del doppio la capacità degli ecosistemi europei di fornirli[81]; dall'altro, che

---

GRIGGS *et al.*, *Sustainable development goals for people and planet*, in *Nature*, 495, 2013, p. 305 ss., ove lo sviluppo sostenibile è ridefinito, alla luce della teoria dei PB, come «development that meets the needs of the present while safeguarding Earth's life-support system, on which the welfare of current and future generations depends» (p. 306).

78 Per un'acuta analisi della crisi ecologica contemporanea, ormai prossima al "collasso ecologico" irreversibile, v. M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2018, p. 1 ss.

79 È la proposta di M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, p. 54, ulteriormente messa a fuoco in ID., *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2022, p. 423 ss., il quale, alla luce della nuova formulazione dell'art. 9 Cost., distingue tra concetto di *ambiente in senso lato*, evocato dal lemma «ambiente», e concetto di *ambiente in senso stretto*, riferibile ai lemmi «ecosistemi» e «biodiversità». L'ambiente in senso lato è un sistema di relazioni tra fattori di ordine non solo ecologico, ma anche sociale, culturale ed economico, che richiede un bilanciamento tra essi, basato su decisioni dall'altissimo tasso di discrezionalità pura. L'ambiente in senso stretto (o la "natura"), invece, concerne i soli fattori di ordine ecologico, cioè i fondamenti naturali della vita, come tali non negoziabili e suscettibili di scelte ispirate a discrezionalità tecnica.

80 Così, M. CARDUCCI, *«Demodiversità» e futuro ecologico*, cit., p. 82, il quale invoca, sulla scorta dell'esperienza latino-americana e africana, la via alternativa della "demodiversità", intesa come «modulazione della democrazia in funzione della biodiversità». In tale "approccio ecosistemico", determinante è la sopravvivenza delle forme di vita che compongono la biodiversità dei luoghi, con tre conseguenze decisive: che si riconosca l'esistenza dei "diritti della natura" «quali elementi costitutivi dei bisogni di sopravvivenza di qualsiasi soggetto, compreso l'essere umano; che si abbandoni la logica "flat" del bilanciamento indifferente all'attuale e futura situazione di "deficit ecologico"; che si tramuti la dialettica regola/eccezione, ponendo come regola la tematizzazione dei "diritti delle generazioni future" nella persistenza della biodiversità» (p. 88 s.).

81 Cfr. EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Ecological Footprint of European Countries*, 2 dicembre 2021, in *www.eea.europa.eu*. Il "deficit ecologico" costituisce, quindi, «una vera e propria "emergenza", irreversibile e ineludibile, che necessita di una ridiscussione sulla "decisione fondamentale" dell'esistenza e della sopravvivenza umana», e si rivela «una categoria relazionale tra condizione umana e natura, non tra soli esseri umani. Esso ridimensiona e smentisce il postulato moderno della "indipendenza naturale" della razionalità umana […]; è la constatazione, da nessuno negata, che il consumo globale di risorse e servizi ecosistemici, prodotto dagli esseri umani (e dalla loro economia di

il Parlamento europeo, con una Risoluzione del novembre 2019, ha dichiarato l'emergenza climatica e ambientale nel territorio dell'Unione europea[82], invitando la Commissione, gli Stati membri e tutti gli attori globali «a intraprendere con urgenza le azioni concrete necessarie per combattere e contenere tale minaccia prima che sia troppo tardi»[83]. È evidente, allora, che la "primazia assiologica" dell'interesse ambientale "incomprimibile" (o "superprimario") riguarda la tutela della vita da una "minaccia esistenziale" a ecosistemi dai quali dipende l'esistenza biologica e la sopravvivenza dell'umanità[84].

Ben diverso, invece, è l'interesse ambientale "comprimibile" (o "primario"), che implica un rischio non già per il valore supremo della vita nella dimensione minima dell'*essere*, bensì per il livello di *ben-essere* delle persone[85]. In questo caso, in coerenza con il principio d'integrazione tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo sostenibile (artt. 11 TFUE e 37 Carta UE), è possibile incidere sull'interesse ambientale ("comprimibile" o "primario") mediante la consueta tecnica del bilanciamento con altri interessi, pubblici o privati[86]. Soltanto in tal senso,

---

crescita), non è più pari alle risorse disponibili nell'ecosistema e dalla sua biosfera. È la rivincita dell'ecologia sull'economia: un evento inedito nella nostra "esperienza giuridica"; un dato che dovrebbe indurci a elaborare nuove "normatività" (a partire da quelle costituzionali) per praticare nuove "normalità" (anche costituzionali a sostegno di stili di vita non più improntati alla "crescita")» (M. CARDUCCI, *Il "deficit ecologico" del pianeta come problema di "politica costituzionale" - Parte prima*, in *Rev. jur. CCJ*, 42, 2016, p. 37 ss., spec. pp. 41 e 45 s.; v. anche ID., *Le premesse di una "ecologia costituzionale"*, in *Veredas dir.*, 37, 2020, p. 89 ss.).

82 Ris. n. 2019/2930(RSP) del 28 novembre 2019, «sull'emergenza climatica e ambientale», in *www.europarl.europa.eu*. Sulla doppia aggettivazione, "climatica e ambientale", dell'emergenza, che richiede un'azione immediata, diretta a limitare il riscaldamento globale e a evitare una perdita massiccia di biodiversità, v. I. BRUNO, *Fallacie e bias sull'emergenza climatica*, in *www.lacostituzione.info*, 20 agosto 2022, p. 1 ss.

83 Ris. n. 2019/2930(RSP), cit., p. 2, punto C. 1. Se si consideri, altresì, che il Consiglio per i Diritti umani delle NU ha riconosciuto, con la Ris. 48/13 dell'8 ottobre 2021, l'esistenza del diritto umano a un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, ne consegue che, nel contesto dell'emergenza climatica e ambientale, l'art. 9 Cost. sembra «aprirsi a nuove sfide di affermazione di un obbligo costituzionale di *facere* pubblico e privato» (I. BRUNO, *Il dovere ambientale "di fare" dopo la riforma costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 12 giugno 2022, p. 1 ss., spec. p. 2).

84 Di «minaccia esistenziale posta dai cambiamenti climatici» parla, al *considerando* 1, il Reg. UE 2021/1119 del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica («Normativa europea sul clima»). Su tale "minaccia esistenziale", v. il comunicato del 21 maggio 2021 del MiTE, *Cambiamento climatico e perdita biodiversità rappresentano minaccia esistenziale per natura e persone*, in *www.mite.gov.it*; in dottrina, M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, cit., p. 221 ss., spec. p. 244 s.

85 Cfr. M. MONTEDURO, *La tutela della vita*, cit., p. 428 ss.

86 In questa prospettiva, «l'interesse ad amministrare in condizioni di resilienza non critica le interazioni coevolutive tra sistemi ecologici e sistemi sociali configura quello che si potrebbe denominare interesse ambientale *standard*: […] esso è *bilanciabile* con *altri interessi pubblici primari e*

ben distinguendo tra interesse ambientale comprimibile e incomprimibile, si può pensare, nelle regolazioni e nella giurisprudenza, di derubricare l'ambiente «da valore supremo non negoziabile a valore pur costituzionalmente protetto che può e deve essere bilanciato […] con le necessità di conservazione delle matrici economiche dello stato costituzionale»[87].

Del resto, che l'interesse ambientale "primario" possa essere bilanciato è comprovato da una serie di fonti italo-europee in materia di danno ambientale: la direttiva 2004/35/CE, «sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale», il cui allegato I precisa che il danno «con un provato effetto sulla salute umana deve essere classificato come significativo», mentre non deve essere considerato tale «il danno a specie o habitat per i quali è stabilito che si ripristineranno entro breve tempo e senza interventi, o nelle condizioni originarie o in uno stato che, unicamente in virtù della dinamica della specie o dell'habitat, conduca a condizioni ritenute equivalenti o superiori alle condizioni originarie»; l'art. 300 c.a., che associa, in attuazione della direttiva, il danno ambientale non a ogni lesione generica delle matrici ambientali, come una lettura superficiale e non sistematica del nuovo art. 41, comma 2, Cost. potrebbe lasciar intendere, ma a «qualsiasi deterioramento *significativo e misurabile*, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima»; infine, il principio eurounitario «non arrecare un danno significativo» all'ambiente (*Do No Significant Harm*: DNSH), che ispira il *Next Generation EU* e il PNRR nazionale, ossia non sostenere o svolgere attività economiche che cagionino pregiudizi rilevanti o gravi agli obiettivi ambientali (artt. 17 e 25 Reg. UE2020/852)[88], così presupponendo sia la liceità dei

---

secondari e con gli stessi *interessi privati*, ovviamente sempre nei limiti dell'intangibilità del suo nucleo minimo essenziale» (M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 67 s.). Reputa il principio di integrazione la «direttiva di metodo» per una «nuova assiologia compositiva», Cons. Stato 23 settembre 2022, n. 8167, cit., *supra*, nota 9.

87 G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 16, 2021, p. 1 ss., spec. p. 6 s., il quale considera le "aree naturali protette" e il "patrimonio naturale" come «valori costituzionali proteggibili in forma sovrana e integrale» (p. 7).

88 Ai sensi dell'art. 17, Reg. UE 2020/852 del 18 giugno 2020 (c.d. Regolamento Tassonomia, «relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili»), che seleziona 6 obiettivi ambientali, un'attività economica arreca un danno significativo: «a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, se l'attività nuoce: i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o ii) al buono stato ecologico delle acque marine; d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se: i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un

danni lievi o non significativi all'ambiente[89], sia la bilanciabilità dell'interesse ambientale "primario" (o "comprimibile") con lo sviluppo e l'iniziativa economica[90].

Al contrario, quando la tutela dell'interesse ambientale assume la valenza di contrastare il rischio per l'esistenza biologica e la sopravvivenza umana[91], non è ammissibile tradire la "primazia ecologica" e scendere a soluzioni di compromesso politico ed economico, com'è accaduto nell'*affaire* Ilva[92]. Si assiste, così, a un'autentica inversione del rapporto tra diritto

---

aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o f) alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, se l'attività: i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelli di interesse per l'Unione» (§ 1). Propone una lettura del principio DNSH come leva per gli investimenti portanti del *Green Deal*, C. DE VINCENTI, *Il principio DNSH: due possibili declinazioni*, in *www.astrid-online*, 2, 2022; v. anche V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, 1, 2023, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.

89 Cfr. M. PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, p. 27 ss., spec. p. 47 ss. In giurisprudenza, per l'ammissibilità degli impianti produttivi che apportano un contributo trascurabile all'inquinamento ambientale, v. Tar Lombardia-Brescia 13 marzo 2019, n. 543, il quale subordina l'autorizzazione «alla ricerca del massimo contenimento delle emissioni inquinanti, anche al di sotto dei limiti normativi e con riferimento alle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità». Per l'esistenza di un inquinamento massimo possibile, raggiunto il quale non sarebbe più ammissibile consumare le matrici ambientali, v. Tar Puglia-Lecce 13 aprile 2011, n. 658.

90 Reputa, ma senza distinguere tra interesse ambientale comprimibile e incomprimibile, che il principio DNSH alluda «ad un orientamento degli investimenti finanziari necessariamente frutto di un bilanciamento che eviti il perseguimento di un obiettivo ambientale a discapito di altri e favorisca, comparativamente, l'interesse primario ad investire nella attività a più elevato grado di eco-sostenibilità», L. AMMANNATI, *Transizione energetica, "*just transition*" e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Supplemento al n. 1/2022, p. 289 ss., spec. p. 306.

91 Considera, con riguardo alle sfide letali del nucleare e della crisi climatica, l'ambiente come «un limite che sfida la permanenza degli stessi presupposti di sopravvivenza per l'umanità», S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente*, cit., p. 217.

92 L'interesse pubblico "superprimario" a evitare il collasso ecologico non è suscettibile di bilanciamento con altri interessi, della cui realizzazione è il presupposto logico. Cfr. M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 69; ID., *Riflessioni*, cit., p. 224 ss.; in linea, S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2022, p. 239 ss., spec. p. 253. Osserva che l'architettura della costituzione economica europea «inizia ad essere messa in crisi prefigurando una primazia ecologica che viene a porre problemi di convivenza con il principio di sviluppo sostenibile», F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *www.apertacontrada.it*, 28 febbraio 2022, p. 1 ss., spec. p. 14. Di "primazia ecologica" rispetto alle esigenze economiche e sociali,

all'ambiente salubre e libertà d'iniziativa economica. A differenza che in passato, non è più il diritto ("incomprimibile") all'ambiente a costituire un limite alla libertà d'iniziativa economica, ma è quest'ultima a configurarsi come eccezione alle esigenze prioritarie di protezione dell'ambiente (in senso stretto)[93].

Il problema, dunque, è se la tutela ambientale sia ancillare allo sviluppo o se, al contrario, lo sviluppo sia strumentale alla tutela dell'ambiente[94], al punto da parlarsi non già di "sviluppo sostenibile", inteso come utilizzazione economica degli ecosistemi "compatibile" con la conservazione della natura[95], bensì, in una prospettiva rovesciata, di "protezione sostenibile"

«da declinarsi attraverso azioni di protezione e ripristino degli ecosistemi», parla anche M. IANNELLA, *L'*European Green Deal, cit., p. 176; similmente, E. CHITI, In motu. *L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, cit., p. 183 ss.; ID., *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. regol. merc.*, 2, 2022, p. 468 ss., spec. p. 473. Di «primazia ontologica» della natura discorre Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano-Udine, 2020, pp. 12 ss., 68 ss., 73 ss., che prefigura, in linea col neocostituzionalismo andino, un processo globale di "geocostituzionalismo", «quale filosofia che assoggetta il potere politico al rispetto per la natura» (p. 109); ID., *Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto*, in *PasSaggi cost.*, 1, 2022, p. 13 ss., spec. p. 18 ss. Si configura, così, la costituzione come ecosistema e la natura quale base di legittimazione del potere stesso: M. CARDUCCI, *La costituzione come "ecosistema" nel "nuevo constitucionalismo" delle Ande*, in S. BAGNI (a cura di), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 11 ss.

93 In tal senso, «la custodia dell'ambiente in senso stretto si configura come un *a priori* che precede, inalvea, vincola e conforma la gestione dell'ambiente in senso lato»: M. MONTEDURO, *La tutela della vita*, cit., p. 454; diversamente, M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale*, cit., p. 818, il quale, ingessato nella logica del bilanciamento equiponderale, reputa che la c.d. "primazia ecologica" comporti l'affermazione espressa della pari dignità costituzionale del valore della tutela ecologica, «la cui concretizzazione rimane affidata, senza pretese "primazie" astratte o "tirannie" di sorta, oggi come ieri, all'armonica ed equilibrata composizione con tutti gli altri valori che la Costituzione (esplicitamente ovvero implicitamente) sancisce».

94 Cfr. L. BUFFONI, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *www.federalismi.it*, 8, 2007, p. 1 ss., spec. p. 4.

95 È la prospettiva del c.d. "capitalismo naturale", che considera il sistema ambientale una delle voci principali nel calcolo dei costi e dei profitti del processo di produzione. La natura assume la forma atomizzata di risorse naturali e di servizi ecosistemici, il cui uso deve tener conto della capacità rigenerativa delle risorse e dei costi per raggiungere l'efficienza maggiore possibile. Cfr. P. HAWKEN-A. LOVINS-L.H. LOVINS, *Capitalismo naturale. La prossima rivoluzione industriale*, (1999), ed. it. a cura di G. Bologna, Milano, 2011; ma, in senso critico, M. CARDUCCI, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, cit., p. 6, secondo il quale parlare di "capitale naturale" significa che «[l]a natura, da luogo di armonia come "madre terra" di tutti gli esseri viventi, compreso l'essere umano, si trasforma in strumento di profitto, in nome della sostenibilità».

per indicare - secondo un'opinione dottrinale[96] accreditata dal Consiglio di Stato[97] - l'interesse "superprimario" di evitare il sacrificio dell'ambiente naturale fino al limite della sostenibilità economica. Si assicurerebbe, in tal modo, la «non regressione» della soglia giuridica di protezione della natura[98], salvo casi eccezionali e contingenti di prevalenza dell'esigenza di sviluppo economico, motivati dall'interesse pubblico.

Pertanto, ogni bilanciamento che privilegi l'attività produttiva a scapito della salute, della vita e dell'ambiente stride, ormai, con il mutato assetto italo-europeo delle fonti. Si allude non soltanto alla più volte richiamata "revisione ecologica" degli artt. 9 e 41 Cost., che impone di preferire, nel bilanciamento, il valore "superprimario" della tutela ambientale[99], ma anche al

96 G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994; ID., *La protezione integrale della natura*, in ID.-P. FIMIANI (a cura di), *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, Milano, 2008, p. 1 ss.; ID., *Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione "profonda" della legge n. 394/1991*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2011, p. 29 ss.

97 Cons. Stato 16 novembre 2004, n. 7472, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, p. 524 ss., con nota di A. MILONE, *La realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*; Cons. Stato 15 marzo 2007, n. 1269, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cons. Stato 5 luglio 2010, n. 4246, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 111 ss., con nota di P. BRAMBILLA, *La valutazione di impatto ambientale: dallo sviluppo sostenibile alla protezione sostenibile*.

98 L'art. 17 del progetto ONU di Patto Globale per l'Ambiente (*Global Pact for the Environment* del 10 maggio 2018), nel definire il principio di «non regressione», stabilisce che le Parti e i loro enti sub-statali «si astengono dall'autorizzare attività o adottare norme che abbiano l'effetto di ridurre il livello globale di protezione ambientale garantito dal diritto vigente». E già in Francia, la *Loi* n° 2016-1087 dell'8 agosto 2016 («Pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages») ha introdotto all'art. L 110-1 del *Code de l'Environnement* il principio di *non-régression*, secondo il quale «la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, comptetenu des connaissances scientifiques et techniques du moment». Cfr. M. PRIEUR, *Non-Regression in Environmental Law*, in *S.A.P.I.EN.S*, 2, 2012, p. 53 ss.; ID.-G. SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012; M. MONTEDURO, *Principi del diritto dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in F. PUBUSA-D. MARONGIU (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, Napoli, 2017, p. 149 ss.; ID., *Le decisioni amministrative*, cit., p. 37 ss.; ID., *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2021, p. 4 ss.; L. COLELLA, *Il principio di «non regressione ambientale» al centro del* Global Pact of Environment. *Il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in *Dir. giur. agr.*, 2, 2019, p. 1 ss.; J. MAKOWIAK, *Le principe de non-régression: un inconnu dans la maison*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2019, p. 4 ss.; S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica*, cit., p. 256 ss.

99 Propende per tale soluzione anche A. MORRONE, *L'«ambiente» nella Costituzione*, cit., p. 91 ss., il quale, sulla premessa che la novella costituzionale ha «il medesimo "valore performativo-trasformativo" della costituzione scritta cui accede» (p. 96), riconosce nel comma 2 dell'art. 41 Cost. l'introduzione di una «gerarchia interna» tra i diversi limiti all'iniziativa economica e, quindi, di un «criterio di bilanciamento *a priori*» (p. 110), che consente non solo l'avvio della transizione ecologica e climatica, perseguita dal *Green Deal* europeo, ma anche di «indirizzare il sistema economico italiano verso modelli improntati all'economia circolare e alla razionalizzazione del sistema energetico» (così, D. AMIRANTE, *La* reformette

processo di "conformazione ecologica" della costituzione economica europea, e dunque della stessa autonomia privata contrattuale e d'impresa, suggellato dal menzionato principio eurounitario «non arrecare un danno significativo» all'ambiente (*Do No Significant Harm*)[100].

Conclusione, questa, cui potrebbe obiettarsi che, se si tiene conto della competizione internazionale verso prodotti ecosostenibili, la tutela dell'ambiente diverrebbe sì l'anima della programmazione europea, ma non già perché in grado di orientare in positivo l'industria, funzionalizzandola a interessi generali, bensì perché la "conversione ecologica" dei processi e dei prodotti sarebbe essa stessa occasione e oggetto di competizione. Insomma, l'Unione europea resterebbe saldamente ancorata alla sua origine ordoliberale, che non accetta la funzionalizzazione dell'impresa, pur ammettendo un intervento pubblico forte sui mercati,

---

dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2022, p. V ss., spec. p. XI; similmente, ID., *"Verde a metà": la travagliata ascesa dell'ambiente nella Costituzione italiana*, in *Poliarchie*, 2, 2022, p. 118 ss., spec. p. 128). Con la conseguenza ulteriore - come reputa A. MITROTTI, *Territorio*, cit., p. 113 ss. - che la disciplina del c.d. *permitting* ambientale dovrà conformarsi al nuovo e pregnante vincolo teleologico ambientale, impresso dalla l. cost. n. 1/2022.

100 A tale processo di conformazione ecologica (sul quale v. M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto*, cit., pp. 714 ss., 721 s.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, IV ed., Milano, 2021, p. 60 ss.; ID., *Verso una società sostenibile*, in *Pers. e merc.*, 2021, p. 463 ss.; R. RAMETTA, *"Utilità sociale e autonomia privata": l'insegnamento di un Maestro*, *ivi*, 2023, p. 437 ss.) può ascriversi, insieme alla Dir. 2022/2464/UE del 14 dicembre 2022 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (*Corporate Sustainability Reporting Directive*: CSRD) e al Reg. UE sulla Tassonomia, la recente proposta di Dir. COM(2022) 71 final del 23 febbraio 2022, «relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità» (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*: CSDDD). Alle imprese di grandi dimensioni sarebbe imposto il dovere di individuare, prevenire o attutire, arrestare o minimizzare gli impatti negativi, effettivi o potenziali, connessi all'attività produttiva, che si ripercuotano sull'ambiente e sui diritti umani (art. 4). A tal fine, le società sarebbero tenute a «neutralizzare l'impatto negativo o attenuarne adeguatamente la portata ripristinando la condizione delle persone colpite e/o l'ambiente in una situazione equivalente o il più vicina possibile alla loro situazione prima dell'impatto» (art. 8, § 3, lett. a, nella formula emendata il 1° giugno 2023). Cfr. F. DENOZZA *et al.*, *Posizione del Forum DD sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*, in *www.forumdisuguaglianzediversita.org*, 23 maggio 2022; U. TOMBARI, *Riflessioni sullo statuto organizzativo dell'impresa sostenibile tra diritto italiano e diritto europeo*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, p. 135 ss., che definisce la proposta «un nuovo frammento dello "statuto organizzativo" dell'"impresa sostenibile"» (p. 143); M. ZARRO, *Tutela dell'ambiente e responsabilità dell'impresa nella recente Proposta di direttiva sulla* due diligence *aziendale*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1212 ss., ove disamina anche della *Loi* n° 2017-399 del 27 marzo 2017, che ha introdotto, nel *Code du Commerce* francese, una disciplina sui doveri di diligenza delle società; D. CATERINO, *Dovere di diligenza e (nuova) responsabilità delle imprese*, in A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve*, cit., p. 377 ss., spec. p. 387 ss. Sulla legge tedesca del 2021 in tema di *due diligence*, in vigore dal 1° gennaio 2023, v. A. GUERCINI, *La legge tedesca sugli obblighi di* due diligence *nella* supply chain ("*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG*"), in *Riv. dir. soc.*, 2022, p. 391 ss.

finalizzato primariamente alla tutela dei medesimi, anche a scapito delle imprese incapaci di adeguarsi alle innovazioni funzionali alla transizione eco-compatibile[101].

Tuttavia, la recente revisione dell'art. 41 Cost. pare ispirata, oltre che alla valorizzazione del dovere dei privati di non svolgere un'attività economica in modo da recare danno alla salute e all'ambiente[102], proprio a una funzionalizzazione dell'impresa, in conformità al nuovo assetto valoriale della Costituzione[103] e nonostante i rigurgiti neoliberisti della Corte

101 Cfr. M. PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale*, cit., p. 39 s.; nonché E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di* governance, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 415 ss., che riconosce alla politica industriale "verde" caratteri peculiari rispetto al passato, «non solo per la sua finalità ambientalistica ma anche per la sua coesistenza con le politiche di concorrenza» (p. 441 s.); B.G. MATTARELLA, *Le nuove previsioni dell'articolo 41 della Costituzione in materia di ambiente*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, cit., p. 165 ss., che stima eccessivo e insufficiente «[p]orre l'onere della tutela dell'ambiente solo a carico delle imprese» (p. 167), ma trascura il dovere della Repubblica, intesa come comunità di persone, di proteggere l'ambiente naturale (art. 9, comma 3, Cost.); M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 Costituzione*, *ivi*, p. 169 ss., spec. p. 171 s.

102 I privati, in virtù del principio di sussidiarietà "orizzontale" (art. 118, comma 4, Cost.), partecipano allo svolgimento di attività d'interesse generale, sì che proprio in materia di rapporti economici il collegamento della posizione di libertà con l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) assume notevole rilievo. E ciò sia per il divieto di svolgere l'iniziativa economica privata a danno di salute e ambiente, sia per «il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2, Cost.). Cfr. M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 180 s., secondo la quale il «senso più profondo della riforma dell'art. 41 Cost.» è valorizzare il privato «come protagonista nel sistema complessivo dei rapporti economici, concorrendo alla realizzazione dei fini ambientali fatti propri dall'ordinamento giuridico» (p. 181).

103 La novella del febbraio 2022 permette di chiarire che «non è la sostenibilità un fattore dell'impresa economica e del mercato ma, viceversa, sono l'impresa economica e il mercato ad essere funzionalizzati alla sostenibilità ambientale e alla salute umana» (A. MORRONE, *L'«ambiente» nella Costituzione*, cit., p. 113). E già prima della riforma la Consulta alludeva «alla libera iniziativa privata come "funzionalizzata" alla cura di interessi ambientali dalla specifica normativa statale» (Corte cost. 15 dicembre 2016, n. 267, in *www.cortecostituzionale.it*, § 4.1); mentre, in dottrina, si ravvisava la base normativa della «conformazione ecologica della politica industriale» nel terzo comma dell'art. 41 Cost., teso alla «creazione di un sistema economico rispettoso dei dettami dell'economia circolare ossia di una tutela dell'ambiente che indirizza la produzione» (F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2020, p. 50 ss., spec. p. 70; v. anche ID., *La riforma "bilancio"*, cit., p. 10 ss.). Emblematico di tale processo di conformazione ecologica è un orientamento della Cassazione in tema di immissioni, secondo il quale la disciplina dell'art. 844 c.c., «nel prevedere la valutazione, da parte del giudice, del contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, [...] deve essere interpretata, tenendo conto che il limite della tutela della salute e dell'ambiente è da considerarsi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei beni protetti dall'art. 844 c.c., dovendo considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento del diritto ad una normale qualità della vita» (Cass. 8 marzo 2010, n. 5564, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 815 ss., spec. p. 820). Altrettanto rilevante è l'opinione del Consiglio di Stato, il quale ha ribadito il "potere-dovere" delle regioni di introdurre

costituzionale[104]. Si tratta, beninteso, non già di una funzionalizzazione "autoritaria", bensì di una doverosa conformazione dell'attività economica d'impresa ai valori costituzionali sanciti dal nuovo art. 41 Cost.[105]. Al punto che, come il contratto c.d. ecologico o a impatto ambientale[106] diventa fonte di rapporti patrimoniali *ecosostenibili* e svolge una peculiare

---

misure di tutela del paesaggio e dell'ambiente, che possono porre condizioni e limiti alla proprietà e all'iniziativa economica; sì che la libertà d'impresa «è fortemente condizionata e profondamente conformata dal raffronto con gli interessi pubblici di tutela paesaggistico-ambientale, espressi e perseguiti nella pertinente pianificazione paesaggistico-territoriale, di livello gerarchico sovraordinato, dalla quale la pianificazione di settore riesce a sua volta profondamente conformata e orientata» (Cons. Stato, parere 24 dicembre 2021, n. 1970, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 2.5). Il Collegio sembra, quindi, confermare «l'apertura verso un modello di impresa sempre più consapevole della questione climatica e maggiormente indirizzato al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità» (F. MARCONI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e obiettivi di sostenibilità nel* framework *europeo: il ruolo delle Corti verso la transizione verde*, in *www.ambientediritto*, 3, 2022, p. 681 ss., spec. p. 703).

104 Si allude a Corte cost. 9 maggio 2022, n. 113, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1265 ss., la quale, con riguardo a una legge reg. del Lazio sull'accreditamento delle strutture sanitarie e nella consueta logica del bilanciamento secondo ragionevolezza e proporzionalità tra iniziativa economica privata e utilità sociale, censura gli interventi legislativi che perseguono l'utilità sociale con prescrizioni tanto eccessive da indurre la sostanziale funzionalizzazione dell'attività economica, senza considerare che l'iniziativa economica privata «è oggetto di una libertà garantita, nella cui protezione si esprime, quale principio generale di ispirazione liberista, la tutela costituzionale dell'attività d'impresa, pur nel rispetto dell'"utilità sociale" con cui non può essere in contrasto (secondo comma dell'art. 41)» (p. 1276, § 7.1). A commento critico della sentenza, M. BENVENUTI, *La Corte enuncia il "principio generale di ispirazione liberista" e la Costituzione si ferma ai cancelli delle cliniche private*, *ivi*, p. 1279 ss., il quale non solo respinge l'esplicito ancoraggio dell'art. 41 Cost. a un dato orientamento politico o economico, in quanto «affermazione così parziale da risultare grandemente distorsiva della realtà storico-istituzionale» (p. 1287), ma stigmatizza, in virtù della modifica dell'art. 41 Cost. con l. cost. n. 1/2022, entrata in vigore ben due mesi prima del deposito della sentenza, «il carattere intempestivo, se non propriamente controtendenziale, della relativa motivazione» (p. 1288).

105 L'imprenditore deve contemperare il proprio interesse individuale ed egoistico con quello di coloro che, anche nella proiezione futura della c.d. solidarietà intergenerazionale (artt. 2 e 9, comma 3, Cost.), possano subire gli effetti delle iniziative intraprese. E ciò pur a prescindere dall'esistenza di regole puntuali, attesa l'ormai acquisita applicabilità diretta dei precetti costituzionali nei rapporti tra privati. Cfr. S.A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, p. 63 ss., spec. p. 109, il quale indica «la strada dell'implementazione del dovere di solidarietà costituzionale nel coacervo dei doveri della *corporate governance*» (p. 113). Intravede nella funzionalizzazione dello sviluppo economico in chiave ambientale un radicale cambio di paradigma, che supera sia l'impostazione capitalistica occidentale, sia la visione esclusivamente antropocentrica, L. CUOCOLO, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *DPCE online*, 2, 2022, p. 1071 ss., spec. p. 1083 s.

106 La teoria e la stessa nozione del contratto non possono più essere costruite prescindendo dal modo nel quale il singolo, peculiare, contratto incide sull'ambiente. Questo, oggi, è il nodo cruciale del diritto contrattuale globale, che sollecita l'elaborazione di una teoria "ecologica" e "relazionale" del contratto, un'autentica "ecologia del contratto", più sofisticata e adeguata alla complessità dell'epoca

funzione "ecologico-sociale"[107], così l'attività d'impresa a scopo di lucro è destinata ad essere superata da una nuova nozione di c.d. "lucro sostenibile", «essendo ormai chiaro che il

---

contemporanea. In tal senso, il nuovo paradigma euristico del "contratto ecologico" indica che le parti intendono collaborare non tanto per ottenere un vantaggio personale, quanto piuttosto per perseguire l'interesse generale, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale. In questa forma di contrattazione, le motivazioni sociali e ambientali sono pienamente rilevanti, almeno quanto gli interessi patrimoniali. Il contratto ecologico tende a coordinare interessi convergenti intorno al godimento inclusivo delle risorse naturali e ambientali: un "dispositivo di alleanza" non soltanto tra privati, ma anche tra privato e pubblici poteri, per realizzare impatti positivi sull'ambiente e catalizzare le risorse economiche verso il finanziamento e la gestione di specifici progetti di impatto ambientale, facendo leva tanto sul coinvolgimento delle "comunità ecologiche" di utenti e fruitori, quanto sull'incalzante processo di conversione del comparto economico-finanziario alla "finanza sostenibile". Si tratta, dunque, di un accordo fonte di rapporti non esclusivamente patrimoniali, ma comunque sostenibili; sì che il principio di sostenibilità presiede all'esercizio dell'attività negoziale ecologicamente conformata, costituendone un parametro di giustificazione e, dunque, di meritevolezza. In proposito, v. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809 ss.; ID., *"Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1261 ss., spec. p. 1281 ss.; ID., *Il "contratto ecologico" tra Italia e Cina: verso un nuovo paradigma giuridico*, in *Annuario dir. comp.*, 2021, p. 169 ss.

107 Il contratto ecologico si differenzia dai consueti schemi contrattuali, perché l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando tanto la convergenza degli interessi dei contraenti all'utilità ambientale, quanto la doverosità dell'uso responsabile e della gestione condivisa delle risorse naturali a favore anche delle generazioni future, al punto che il paradigma del contratto ecologico potrebbe atteggiarsi come contratto *a protezione di terzi indeterminati* (v. M. PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 823 ss., spec. p. 851 ss., e ID., *Il "contratto ecologico"*, cit., p. 175 ss.). Con un doppio ordine di conseguenze: se il contratto ecologico incide sull'ambiente, inteso come "bene comune", sistema o rete di risorse a uso condiviso insuscettibili di appropriazione esclusiva e caratterizzate dal godimento collettivo, deve escludersi che gli effetti di un contratto a impatto ambientale siano limitati alle parti contraenti e che soltanto ad esse sia riservata la tutela riferita ai suoi effetti (sull'efficacia "esterna" del contratto ecologico, v. M.G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2018, p. 34 ss., spec. p. 54 ss.; EAD., *Il contratto "a rilevanza ecologica": nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente*, *ivi*, 1, 2020, p. 121 ss., spec. p. 125 ss.; nonché G. PASSARELLI, *Contractual autonomy between internal and ecological dimension in Italy*, in *www.juscivile.it*, 5, 2022, p. 1321 ss., spec. p. 1328 ss.; B. SAAVEDRA SERVIDA, *Sviluppo sostenibile*, cit., p. 173 ss.); la revisione "ecologica" della Costituzione giustifica e amplia i margini dell'intervento (demolitorio o correttivo) delle Corti o delle Autorità di vigilanza sul contratto, qualora questo o una o più delle sue clausole contrastino con la tutela dell'ambiente (v. M. PENNASILICO, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 3 ss.; ID., *Dal "controllo"*, cit., p. 857 ss.; G. PASSARELLI, *Riflessioni sugli effetti della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. sul diritto dei contratti e dei mercati finanziari*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, 10 maggio 2023, p. 1 ss., spec. pp. 13, 26 ss., 30 ss.). Intervento giudiziale o amministrativo che sarà possibile, nei limiti del danno significativo all'ambiente, quando si tratti della tutela di un interesse ambientale "comprimibile" o "primario"; necessario e dovuto, quando si tratti, invece, della tutela di un interesse ambientale "incomprimibile" o "superprimario".

raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile da parte dell'impresa non è solo un'opzione della quale essa si può (e a determinate condizioni, si deve) avvalere per poter competere sul mercato, ma anche (sia pure limitatamente ad alcuni profili ESG) un obbligo imposto dal legislatore, e in questo senso rientra appieno tra i suoi obiettivi ed i suoi scopi»[108].

Del resto, la "sostenibilità" è divenuta quasi una *condicio sine qua non* di esistenza dell'impresa: basti pensare che, se è quotata, è tenuta a perseguire il "successo sostenibile" in base al Codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana[109], che ha assunto valenza prescrittiva e non più di *soft law*; se vuole operare nel settore del *public procurement*, il nuovo Codice appalti (d.lgs. n. 36/2023) impone di «incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche», e di «garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale» nonché «l'introduzione di sistemi di rendicontazione degli obiettivi energetico-ambientali» (art. 1, comma 2, lett. f, l. n. 78/2022, che ha delegato il Governo in materia di contratti pubblici); se intende ottenere finanziamenti dal sistema bancario, l'impresa è tenuta a certificare molteplici requisiti di sostenibilità e di adesione a codici e principi di matrice ESG; se non vuole, infine, perdere quote di mercato e clienti, deve dimostrare che prodotti o servizi rispettino elevati standard di sostenibilità[110].

6. *Segue*. Il limite insuperabile del bilanciamento: l'interesse "superprimario" alla protezione dal "collasso ecologico" come nucleo irriducibile del diritto alla vita.

In realtà, il bilanciamento trova sempre un limite invalicabile: esso va compiuto - come ha ribadito la stessa sentenza n. 85/2013 - in modo tale da impedire un sacrificio del "nucleo

108 G. OLIVIERI-F. VELLA-G.D. MOSCO, *Editoriale*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, p. 3 ss., spec. p. 6. In effetti, temperare la logica del profitto, bilanciando l'interesse dei soci con quello degli altri *stakeholders*, costituisce non soltanto un vincolo per le imprese, ma anche un'opportunità di differenziazione e crescita. Rilevante, al riguardo, è l'introduzione, con la legge di stabilità 2016 (art. 1, commi 376-384, l. n. 208/2015), delle Società Benefit (SB), ispirate al modello americano della *Benefit Corporation*: mentre le società tradizionali hanno lo scopo di distribuire dividendi agli azionisti, le SB integrano nel proprio oggetto sociale, oltre all'obiettivo del profitto, lo scopo di avere un impatto positivo sulla società e la biosfera. Del resto, la stessa definizione dell'art. 2247 c.c. «non ci dice che la finalità lucrativa debba essere esclusiva ed assoluta» (M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. e impr.*, 2023, p. 54 ss., spec. p. 83). Sulla transizione delle imprese verso la neutralità climatica e la sostenibilità ambientale mediante gli strumenti della finanza sostenibile, v. la Raccomandazione UE 2023/1425 del 27 giugno 2023 «sull'agevolazione dei finanziamenti per la transizione verso un'economia sostenibile».

109 Il Codice del gennaio 2020 definisce il "successo sostenibile" come «obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società» (in *www.borsaitaliana.it*, p. 4).

110 In questi termini, S.A. CERRATO, *Appunti*, cit., p. 70 s., che scorge, dietro la «insostenibilità delle scelte sostenibili», il «subdolo fenomeno del *greenwashing*» (p. 71).

essenziale" o irriducibile dei diritti inviolabili[111]. Se, dunque, il bilanciamento non può comprimere alcuno dei diritti inviolabili oltre il suo nucleo irriducibile, minimo ed essenziale, è ragionevole chiedersi quale sia il nucleo irriducibile del diritto inviolabile alla vita[112], e concludere che l'interesse alla protezione dal collasso ecologico pertiene a tale nucleo[113]. In effetti, giacché il collasso ecologico comprometterebbe il nucleo incomprimibile del diritto umano alla vita, non è ipotizzabile che l'interesse pubblico a evitare il collasso ecologico possa essere limitato o messo in discussione dal bilanciamento con altri diritti e interessi: e ciò proprio «in base ai postulati della stessa teoria giuridica del bilanciamento»[114].

Né vale obiettare, nella consueta logica del bilanciamento equiponderale[115], che non sarebbero ammissibili differenziazioni di valore tra i diritti fondamentali, perché «ognuno di essi rappresenta un aspetto particolare della complessiva "dignità umana"» e, quindi, avrebbe «la medesima importanza assiologica»[116].

Sennonché, siffatto rilievo, da un lato, trascura l'incidenza sempre più forte delle concezioni ecocentriche e biocentriche anche nel nostro ordinamento[117], e la rilevanza determinante

---

111 Cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit.; e v. anche, *ex multis*, Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309, cit.; Corte cost. 17 luglio 2001, n. 252, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 20 giugno 2008, n. 219, *ivi*; Corte cost. 10 maggio 2012, n. 119, *ivi*.

112 Pone l'interrogativo su quale sia il "nucleo essenziale" dei diritti alla salute e, soprattutto, alla vita, S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta online*, 2, 2018, p. 468 ss., spec. p. 472.

113 In tal senso, M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 63; conf. V. CAVANNA, *Ancora sulla tutela della salute*, cit., p. 716 s.

114 M. MONTEDURO, *op. loc. ult. cit.*

115 Ribadita, ancora con riguardo al caso Ilva, da Corte cost. 13 luglio 2017, n. 182, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo la quale «gli interventi legislativi riguardanti lo stabilimento ILVA di Taranto, seppur diversi nel loro contenuto, sono accomunati da una medesima *ratio*, quella di realizzare un ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti: da un lato, l'interesse nazionale alla prosecuzione dell'attività di uno stabilimento avente natura strategica e al mantenimento dei livelli occupazionali; dall'altro, l'interesse a che l'attività produttiva prosegua nel rispetto dell'ambiente circostante e della salute degli individui» (in merito, v. E. VERDOLINI, *Il caso ILVA Taranto e il* fil rouge *degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2018).

116 A. BALDASSARRE, *Il diritto ai tempi del Covid-19*, in *Lo Stato*, 14, 2020, p. 271 ss., spec. p. 278 s.

117 Al punto da ipotizzarsi che il "governo del territorio" dovrebbe «volgere l'*intero sistema della territorialità* nella direzione - non più pericolosamente *antropocentrica* - di supporto e, nello stesso tempo, di risultato in relazione ad azioni pubbliche ispirate da una visione finalmente *biocentrica*» (P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in *www.federalismi.it*, 19, 2019, p. 2 ss., spec. p. 12; sull'emancipazione dell'ordinamento dalla visione antropocentrica, v. M. CARDUCCI, Nomos, Ethnos *e* Kthonos *nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano*, *ivi*, 1, 2014, p. 2 ss.; D. PORENA, *'Ambiente'*, cit., p. 387 ss.; M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 88 ss.; A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, in *DPCE online*, 2, 2023, p. 275 ss.).

dell'interesse alla protezione dal collasso ecologico[118]; dall'altro, non considera che senza un criterio di preferenza sarebbe impossibile tanto stabilire se una soluzione sia migliore di un'altra, quanto distinguere bilanciamenti corretti e scorretti. La "ragionevolezza", com'è noto, è il criterio di giudizio sulla preferibilità della regola da applicare al caso concreto. Tuttavia, affinché la preferenza giustificata dalla ragionevolezza sia davvero tale, occorre che lo stesso criterio della ragionevolezza abbia un fondamento[119]. Fondamento che, nel sistema ordinamentale vigente, è dato appunto dai valori superprimari e assoluti della dignità della persona e della difesa della salute e della vita nella dimensione ecologica.

Pertanto, ben diverso dall'uso assolutistico e tirannico dei valori è il riferimento a principi "assoluti" (persona, vita, salute, ambiente), nel senso di criteri "superprimari" e ineludibili per misurare l'adeguatezza di ogni bilanciamento di ulteriori principi[120], nella triplice consapevolezza che: (a) il bilanciamento non giunge necessariamente a un punto di equilibrio o contemperamento tra due o più principi antagonisti, ma vale a sceglierne uno che, avendo maggior "peso" o valore degli altri, deve essere applicato[121]; (b) la dimensione ecologica «è un modo di pensare le cose come interdipendenti, ma all'interno di una precisa gerarchia dove la buona salute dell'ambiente naturale costituisce la base biologica dell'esistenza di ogni forma di vita, compresa quella umana»[122]; (c) l'ambiente è la forma (e la sostanza) della nostra

118 Rilevanza dell'interesse ambientale "superprimario" che sfugge a chi reputa, invece, che «non possa dirsi ammissibile una lettura del novellato art. 41 Cost. nel senso di una sovra-ordinazione della tutela ambientale», in quanto l'ambiente "tiranno" apparirebbe persino sovversivo dell'assetto costituzionale personalistico. In tali termini, D. GRIFONI, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost. Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022*, in *www.ambientediritto.it*, 3, 2022, p. 744 ss., spec. p. 754.

119 Cfr. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., Napoli, 2004, p. 26 s. Intende la ragionevolezza non soltanto «come 'coerenza' a livello legislativo, ma in primo luogo come *coerenza ai principi costituzionali*», L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *www.costituzionalismo.it*, 3, 2015, II, p. 136 ss., spec. p. 154. Coerenza che, a ben guardare, identifica la ragionevolezza in un «indice idoneo a raccordare la previsione formalmente enunciata a un principio condiviso di giustizia». Così, N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, p. 17.

120 Cfr., ancora, P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *op. ult. cit.*, p. 29.

121 Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, pp. 216 ss., 252 s. In questa visuale, «il carattere di "fondamentalità" riconosciuto al diritto alla salute (e all'ambiente salubre) non può che deporre a favore del primato della sua tutela» (D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevron*, in *www.costituzionalismo.it*, 2, 2017, III, p. 1 ss., spec. p. 8 s.). Similmente, la costituzionalizzazione degli interessi delle generazioni venture soltanto in rapporto alla tutela dell'ambiente significa l'attribuzione a quegli interessi di un peso maggiore nei bilanciamenti effettuati in materia ambientale e, per converso, di un peso minore nel settore economico e in quello previdenziale (v. T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale*, cit., p. 14).

122 P. CACCIARI, *L'ideologia della sostenibilità*, in *www.comune-info.net*, 12 giugno 2017, il quale ricorda che l'economia è nient'altro che un sottosistema dell'ecosfera. Fondamentale, al riguardo, F. CAPRA, *Il punto di svolta. Scienza, società e cultura emergente*, (1982), trad. di L. Sosio, Milano, 1984, il quale chiarisce che

esistenza, sì che il nuovo art. 9 Cost. fa assurgere l'ambiente a presupposto esistenziale non soltanto di ogni specie di vita, ma dello stesso ordinamento[123], a riprova che l'esperienza giuridica è un'"esperienza ambientale", ossia situata in un contesto o ambiente di vita, naturale o artificiale che sia[124].

7. Epilogo: la ridefinizione del principio personalista nella concezione unitaria "eco-antropo-centrica".

Occorre, dunque, una nuova visione integrata, "eco-antropo-centrica", che segni il superamento del mero "primato" della persona e ponga sia l'uomo sia la natura sul medesimo piano dei valori[125], ma senza più riconoscere all'uomo una posizione esclusiva di vertice nella piramide biotica[126]. Tra l'antropocentrismo cieco o dogmatico, proprio della modernità

---

l'economia «è semplicemente un aspetto di un tessuto ecologico e sociale complessivo: un sistema vivente composto da esseri umani che sono in continua interazione fra loro e con le loro risorse naturali, la maggior parte delle quali sono, a loro volta, organismi viventi» (p. 156). Pertanto, ciò che «deve essere "sostenuto" in una comunità sostenibile non è la crescita economica, lo sviluppo o il vantaggio competitivo, ma l'intera rete della vita da cui dipende la nostra sopravvivenza sul lungo periodo»: ID., *Alfabetizzazione ecologica*, cit., p. 123, ove si aggiunge che, nei prossimi decenni, «la sopravvivenza dell'umanità dipenderà dalla nostra alfabetizzazione ecologica - ovvero dalla nostra capacità di comprendere i principi basilari dell'ecologia e di vivere in conformità». Per la c.d. "eco-alfabetizzazione", v. anche ID.-U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, trad. di I. Mattei, Sansepolcro, 2017, p. 217 ss., spec. p. 220 s.; M. PENNASILICO, *L'insegnamento del diritto privato tra modello tradizionale e problematiche attuali (Manifesto per un diritto privato ecosostenibile)*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 641 ss., spec. p. 658 ss.

123 Cfr. R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, *paper* 6 aprile 2022, p. 2 ss., spec. p. 4 s.

124 Se l'ambiente è inteso come «il complesso delle condizioni materiali e culturali della nostra vita e del nostro universo», ben potrebbe dirsi che «l'esperienza giuridica è, per sua natura, esperienza ambientale». È l'intuizione di N. LIPARI, *Introduzione*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 15 (e v. anche M. PENNASILICO, *La transizione*, cit., p. 99). Del resto, già da tempo la S.C. definisce l'ambiente come «il contesto delle risorse naturali e delle stesse opere più significative dell'uomo» (Cass. pen. 28 ottobre 1993, n. 9727, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1936; conf. Cass. pen. 3 luglio 2018, n. 29901, in *www.ambientediritto.it*).

125 In tal senso, M. PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 91 s. Per la necessità di una mediazione "eco-antropo-centrica", v. già ID., *L'insegnamento del diritto privato*, cit., p. 656 ss.; ID., *La "sostenibilità ambientale"*, cit., p. 49 s.; ID., *Economia circolare e diritto*, cit., p. 717. Osserva E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 1, 2015, p. 49 ss., spec. p. 51, che il concetto di sviluppo sostenibile postula una relazione tra uomo e natura nella quale nessuno dei due punti di riferimento è assorbito dall'altro.

126 Diversamente, sebbene non appaia più possibile costruire un diritto dell'ambiente «al di fuori del quadro del biocentrismo, che pone sia l'uomo che l'ambiente sul piano dei valori», si riferisce ancora all'uomo «una posizione di vertice nella piramide biotica»: P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014, p. 24; v. anche M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e* governance *ambientale*, Torino, 2016, p. 21 ss.; R. BIFULCO, *"Il compito che*

occidentale, e la sacralizzazione animista della natura, propria della cultura andina, c'è spazio per un eco-antropo-centrismo. La sopravvivenza stessa dell'umanità impone di porre la preoccupazione ecologica al centro della dimensione sociale, economica, politica, culturale e spirituale della vita umana[127].

La gravità e la pervasività della crisi ecologica (nei suoi risvolti ambientali, energetici, idrici e agroalimentari) richiedono, quindi, una diversa scala di priorità, basata sul principio di responsabilità dell'uomo nei confronti non soltanto della natura e delle generazioni venture[128], ma anche di sé stesso come entità biologica non dissociabile e interdipendente dal proprio contesto naturale[129]. Nuova scala di priorità che ha condotto alla revisione degli artt. 9 e 41 Cost., riconducibile alla dichiarata finalità di completare e innovare il processo di "costituzionalizzazione" della tutela ambientale, avviato dalla giurisprudenza costituzionale

---

*definisce la nostra generazione": la l. cost. 1/2022 nella prospettiva dell'*Environmental Costitutionalism, in *PasSaggi cost.*, 2, 2022, p. 44 ss., spec. p. 59 ss. In senso contrario, A. ZITO, *I limiti dell'antropocentrismo ambientale e la necessità del suo superamento nella prospettiva della tutela dell'ecosistema*, in D. DE CAROLIS-E. FERRARI-A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 3 ss.; G. DI PLINIO, *Aree protette*, cit., p. 29 ss.; M. MONTEDURO, in ID.-S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici*, cit., p. 161 ss.; ID., *L'agroecologia come paradigma per una rivalutazione degli assetti fondiari collettivi: i fecondi nessi con il magistero giuridico di Paolo Grossi*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 1, 2017, p. 25 ss., spec. p. 49 ss.; ID., *Le decisioni amministrative*, cit., p. 55 ss., ove si nota che, nella gerarchia biologica ed ecologica, l'essere umano «non si colloca al vertice, bensì solo nella metà bassa della scala gerarchica dei *sistemi viventi*» (p. 56); ID., Ius et rus*: la rilevanza dell'agroecologia per il diritto*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2019, p. 4 ss., spec. p. 21 ss.; ID., *La tutela della vita*, cit., p. 423 ss.

127 È la conclusione di S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, (2007), trad. di F. Grillenzoni, Torino, 2008, p. 122 s., in aperta polemica con la «ecolatria» dei nuovi culti ecologici e la tradizione cristiana che, in Occidente, «non ha favorito un rapporto armonioso tra l'uomo e il suo ambiente vivente e non vivente» (p. 123). Sul rapporto tra ecologia e religione, non sfugga V. LANTERNARI, *Ecoantropologia. Dall'ingerenza ecologica alla svolta etico-culturale*, Bari, 2003, il quale diffida dell'opposizione manichea tra antropocentrismo ed ecocentrismo e approda a una coesistenza costruttiva dei due estremi, assicurata dall'"antropo-eco-centrismo". Propone una revisione ecocompatibile del paradigma antropocentrico, in grado di valorizzare le relazioni reciproche e continue tra uomo e natura, M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Torino, 1996, p. 150 ss.

128 È d'obbligo il rinvio al disincantato manifesto etico-filosofico di H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. di P. Rinaudo, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1990, ove la consapevolezza della natura come *responsabilità umana* giustifica l'applicazione dell'imperativo categorico, noto come "principio responsabilità": «Agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra» (p. 16).

129 Sostiene, in critica alla «visione riduttiva antropocentrica», che «l'uomo è diventato un pericolo non soltanto per se stesso, ma per l'intera biosfera», H. JONAS, *op. cit.*, p. 175; v. pure D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 9 ss., il quale adotta un approccio *integrale* alle tematiche ambientali, in linea con «una visione unitaria e non dimidiata dell'esperienza umana nel suo contesto ecologico e naturale» (p. 13).

e rafforzato dalla riforma del Titolo V[130]. Si è reso, infatti, necessario, nelle parole della relazione della I Commissione permanente del 25 maggio 2021, introdurre, senza più mediazioni interpretative, «una chiara dimensione ambientale nella nostra Costituzione, in linea con l'evoluzione di una sensibilità che si fonda sulla necessità di preservare il contesto naturale nel quale viviamo e di cui siamo parte»[131].

In questa sola prospettiva, si può considerare la "riforma ecologica" della Costituzione italiana, anziché come una soluzione inutile[132], pleonastica[133] o addirittura dannosa[134], come

130 A dispetto dell'assenza, almeno fino alla riforma costituzionale del 2001, di riferimenti espliciti al termine "ambiente" nel testo originario della Costituzione, è ben noto che, almeno dalla metà degli anni Ottanta, si sia formato e consolidato un vero e proprio diritto costituzionale dell'ambiente di matrice giurisprudenziale, soprattutto ad opera della Corte costituzionale. Sul punto, è sufficiente il rinvio a G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss.; S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 8 ss.; D. AMIRANTE, Eppur si muove. *L'ambiente entra fra i principi fondamentali della Costituzione italiana*, in ID., *Costituzionalismo ambientale*, cit., p. 257 ss.

131 Relazione della I Commissione permanente, comunicata alla Presidenza il 25 maggio 2021 (Relatrice Maiorino), in *www.senato.it*, p. 4. Sensibilità, del resto, già acquisita nella Risoluzione dell'Assemblea generale *World Charter for Nature* n. 37/7 del 28 ottobre 1982, nelle Costituzioni di gran parte degli ordinamenti europei (per una panoramica, v. SERVIZIO STUDI DELLE CAMERE, Dossier n. 405/3, cit., p. 23 ss.) e che sembra trovare conferma nella Comunicazione DHDD(2022)396 del Governo italiano al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ove si indica la l. cost. n. 1/2022 come misura generale funzionale ad assicurare esecuzione alla sentenza Cordella c. Italia (v., *supra*, § 3). Lo ricorda M. FERRARA, *La* forma *dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istit. feder.*, 4, 2022, p. 851 ss., spec. p. 854.

132 Cfr. T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *www.federalismi.it*, *paper* 23 giugno 2021, p. 2; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, *ivi*, p. 2 ss.; E. BUONO, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *DPCE online*, 2, 2023, p. 465 ss., spec. p. 481; G.M. PALMIERI, *La riforma dell'art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell'ambiente*, in *DPER online*, 2, 2023, p. 247 ss. Eppure, asserire che la riforma sia *inutiliter data* «significa svilire gravemente la stessa funzione di revisione costituzionale, che pure rappresenta il meccanismo attraverso il quale la Costituzione provvede al proprio fisiologico aggiornamento». È l'obiezione di M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41*, cit., p. 67.

133 C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica*, cit., p. 149; v. anche M. FERRARA, *La* forma *dell'ambiente*, cit., p. 856, la quale parla di «un'operazione di prevalente *marketing costituzionale*», priva di «profonde innovazioni rispetto ai precedenti orientamenti interpretativi»; E. JONA, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *www.federalismi.it*, 2, 2023, p. 104 ss., spec. pp. 106 e 118 s.

134 Così, G. SEVERINI-P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021, p. 1 ss., i quali paventano il rischio che la riforma possa «subordinare la tutela paesaggistica alla straripante diffusione degli impianti industriali di produzione di energia da fonti rinnovabili»: una sorta di «ingannevole *greenwashing* industriale» o di «nuovo "interesse tiranno"» (p. 4). Critiche altrettanto radicali, ma riduttive, spaziano dal giudizio *tranchant* di chi considera la riforma «inutile, forse dannosa, al limite stupida», giacché il legislatore costituzionale

«un avvenimento storico, poiché esso aggiunge al principio antropocentrico, su cui è fondata la Carta costituzionale, quello biocentrico, che pone al centro della tutela costituzionale l'ambiente nella sua interezza»[135]. In tal modo, l'ambiente, inteso come valore costituzionalmente protetto ed entità organica complessa [136], fuoriesce definitivamente, nelle parole dello stesso legislatore costituzionale, «da una visuale esclusivamente 'antropocentrica'»[137].

Con una conseguenza fondamentale e conclusiva: il personalismo non è più la concezione centrale, che maggiormente dovrebbe ispirare, al più con il solidarismo[138] e il pluralismo, il

---

non avrebbe «la benché minima idea di cinquant'anni di storia del diritto ambientale» (G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza*, cit., p. 1), all'opinione che riconduce la riforma a «una "super-etica" del *politically correct*», che rischia di infettare non solo «la costituzione economica (introducendo vincoli inusitati e irrazionalità nella produzione e distribuzione di beni e servizi e conseguentemente amputando la ricchezza della nazione), ma anche la costituzione dei diritti (brutalizzando il bilanciamento e ricalibrando le gerarchie dei valori)» (ancora G. DI PLINIO, *op. ult. cit.*, p. 2); fino al giudizio ideologico che definisce la revisione un fenomeno di *greenwashing*, «il manifesto di un neoliberismo, la cui mutata morfologia globale è quella di un dispotismo sanitario occidentale a vocazione tecno-ecologica» (U. MATTEI, *Qualche riflessione critica sulla "controriforma" ecologica della Costituzione italiana*, in *www.QuotidianoLegale.it*, 1, 24 marzo 2022). Puntuale risposta a tali critiche in G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 febbraio 2022; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., p. 11 ss.; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 1, 2022, p. 127 ss., spec. p. 142 ss.

135 P. MADDALENA, *Dopo tante modifiche peggiorative della nostra Costituzione finalmente una modifica in senso positivo*, in *www.attuarelacostituzione.it*, 9 febbraio 2022. Diversamente, l'impostazione "eco-personalista", che «guarda alla relazione dell'uomo con il creato, come ad un rapporto diseguale del quale il primo costituisce il soggetto privilegiato». L'uomo, in virtù della sua "dignità originaria", avrebbe il diritto di adoperare le risorse naturali, sebbene questi "beni", pur avendo un valore radicalmente inferiore, non siano una realtà totalmente disponibile, in quanto soggetti a proprie leggi e «talvolta anche capaci di provare emozioni» (D. VITALE, *Tutela degli animali e riforma costituzionale. Fondamenti ideologici e prospettive evolutive per una impostazione «eco-personalista»*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 1, 2023, p. 506 ss., spec. p. 538).

136 Cfr. Corte cost. 14 novembre 2007, n. 378, in *www.cortecostituzionale.it*, nonché Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 24, cit., § 10.2.

137 SERVIZIO STUDI DELLE CAMERE, *Dossier* n. 405/3, cit., p. 8 (e v., *supra*, § 4 e nota 57). Auspicava, proprio in funzione della modifica dell'art. 9 Cost., il superamento della «visione *esclusivamente "antropocentrica"*, […] per coniugare questa visione con quella "*oggettiva*", ovvero di un ambiente inteso come "bene comune"», G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione*, cit., p. 5; similmente, M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *www.osservatorioaic.it*, 6, 2019, p. 93 ss., spec. p. 94.

138 La nuova formula dell'art. 9 Cost., che inquadra la tutela ambientale come principio di solidarietà intergenerazionale, «sembra rappresentare la naturale evoluzione, al tempo dell'Antropocene, del personalismo solidale di cui all'articolo 2». Così, D. AMIRANTE, *La* reformette *dell'ambiente*, cit., p. XII, secondo il quale, «lungi dal rappresentare un punto di arrivo, l'affermazione della centralità dei valori ambientali nella nostra Costituzione può e deve rappresentare un punto di partenza, non solo in vista

bilanciamento dei valori costituzionali[139], «perché l'uomo è al centro della Costituzione ma non dell'Universo»[140].

---

di un necessario aggiornamento normativo e di un'auspicabile stabilizzazione giurisprudenziale, ma anche per lo sviluppo di un vero e proprio diritto costituzionale dell'ambiente» (p. XIV). In questa direzione, v. anche ID., *Metodo comparativo, ambiente e dinamiche costituzionali*, in *DPCE online*, 2, 2023, p. 19 ss., ove si auspica lo sviluppo di un *costituzionalismo integrale*, nel quale la mera tutela dell'ambiente si trasfigura in un più generale principio di "biofilia", concepito come «accettazione della natura complessa dell'essere umano, o, per dirla con Morin, della sua natura trinitaria "bio-socio-antropologica"» [p. 39, con riferimento alla "concezione trinitaria" di E. MORIN, *L'umano e la trinità bio-socio-antropologica*, in ID., *Sette lezioni sul pensiero globale*, (2015), trad. di S. Lazzari, Milano, 2016, p. 1 ss.].

139 Per l'imprescindibilità del principio personalista-antropocentrico e la sua declinazione in termini di responsabilità ambientale, v. P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 321 ss., per il quale l'ambiente «è vita da proteggere al fine di consentire il pieno e libero sviluppo della persona umana» (p. 323); R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum Quad. cost.*, 2, 2021, p. 441 ss., spec. p. 445 ss.; M.A. CIOCIA, *La centralità della persona nella nuova sostenibilità economica. Spunti di riflessione*, in *www.giustiziacivile.com*, 5, 2022, p. 1 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 1, 2022, p. 15 ss., spec. p. 28 s.; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2, 2022, p. 118 ss.; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 marzo 2022; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023, p. 170 ss., spec. p. 174 s.

140 G.M. FLICK-M. FLICK, *Persona ambiente profitto. Quale futuro?*, Milano, 2021, p. 94, i quali collocano l'art. 9 Cost. «in una visione eco-centrica e non solo egoisticamente antropocentrica». In tal senso, il "meta-valore" dell'ambiente, in quanto "*arché*", «principio primo, alla cui stregua ri-orientare anche gli altri valori fondamentali», persegue il fine di costruire una società nuova, «il cui "centro" non sia semplicemente il pieno sviluppo della persona umana (in tutte le sue forme e soprattutto mediante il lavoro), perché l'obiettivo dell'art. 3, c. 2, cost. non è ritenuto (ormai non più) ottenibile dalla Repubblica senza la realizzazione di un'ambiente protetto e sano per tutte le forme di vita individuali (umane, animali, vegetali)». Così, A. MORRONE, *L'«ambiente» nella Costituzione*, cit., p. 101, secondo il quale, «mentre la costituzione del 1948 era incentrata sulla persona umana, ora essa ha il suo fulcro nei "*bioi*", in qualsiasi forma di vita» (p. 118), sì che la riforma implica un'altra idea di Costituzione: «il patto, *oggi*, si radica sull'obiettivo della rimozione delle condizioni materiali che possono portare all'estinzione di ogni forma di vita» (p. 120). Al punto che «la Repubblica italiana può dirsi "fondata sull'ambiente"» [ID., *Fondata sull'ambiente*, in *Istit. feder.*, 4, 2022, p. 783; ID., *"Ambiente" fondamento della Costituzione repubblicana*, in F. RESCIGNO-G. GIORGINI PIGNATIELLO (a cura di), One Earth - One Health, cit., p. 5 ss.]. Sul processo di ridefinizione del principio personalista in armonia con la tutela della natura, v. anche M. PIERRI, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2022, p. 234 ss., la quale individua il contenuto della specificità dell'essere umano «in una relazionalità responsabile e solidarista, che non legittima alcuna condotta predatoria nei confronti delle risorse ambientali, ma anzi prescrive attenzione e cura per tutto ciò che insiste nello spazio vitale dell'uomo, nella consapevolezza della reciproca dipendenza tra tutti gli elementi che ne fanno parte» (p. 292); M. PENNASILICO, *L'uso sostenibile delle risorse idriche*, cit., p. 217 ss.

IL "SILENZIO-RIGETTO" SULL'ISTANZA PER ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ EDILIZIA AI SENSI DELL'ART. 36, D.P.R. N. 380/2001: UNA SOLUZIONE CHE NON SODDISFA.

Maria Difino

Abstract: l'articolo evidenzia la necessità di rivedere, soprattutto alla luce delle recenti modifiche che stanno interessando l'azione amministrativa, il significato che il Testo unico dell'edilizia (d.p.r. n. 380/2001) assegna attualmente al silenzio dell'amministrazione in tema di accertamento di conformità di cui all'art. 36. Lo spunto per una riflessione seria sull'istituto del silenzio nella materia edilizia e sulla crisi della amministrazione c.d. "decidente" (in contrapposizione a quella prestazionale) è offerto dalla recente decisione della Consulta n. 42/2023 che, sebbene abbia cassato per difetto di motivazione la questione di legittimità costituzionale della disposizione normativa (co. 3) sollevata con ordinanza di rimessione dal Tar Lazio, ne ha puntualmente evidenziato i profili problematici meritevoli di approfondimento, che sono stati sviluppati, seppure brevemente, dall'autore.

Abstract: *the article highlights the need to review, especially in light of the recent changes that are affecting administrative action, the meaning that the Consolidated Building Act (Presidential Decree no. 380/2001) currently assigns to the silence of the administration on the subject of conformity assessment pursuant to art. 36. The starting point for a serious reflection on the institution of silence in construction matters and on the crisis of the so-called administration "deciding" (as opposed to performance) is offered by the recent Council decision no. 42/2023 which, although it was quashed due to lack of motivation, the question of constitutional legitimacy of the regulatory provision (paragraph 3) raised with a referral order from the Lazio TAR, promptly highlighted the problematic profiles worthy of further investigation, which were developed , albeit briefly, by the author.*

SOMMARIO: 1. Premessa - **2.** La controversa natura del potere sanzionatorio in materia edilizia **- 3.** Il silenzio rigetto nell'art. 36 TU edil. e le criticità della disposizione **- 4.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'istituto del silenzio della pubblica amministrazione e il vasto (e devastante) ricorso che ne è stato fatto, da un certo momento in poi del cammino di *emancipazione* del diritto amministrativo, è il chiaro sintomo di mali più profondi della società contemporanea.

Alla sfiducia verso l'attività della pubblica amministrazione e il suo agire "discrezionale"[1], il sistema ha reagito con il ricorso a meccanismi di c.d. *ingegneria amministrativa* che hanno legittimato l'ingresso, nel panorama giuridico, non solo del "silenzio" ma anche di altri istituti come la DIA e la SCIA. Tutto questo nella logica della c.d. semplificazione e della liberalizzazione[2], che però ha pagato lo scotto della rinuncia alla decisione amministrativa espressa, fortemente voluta dal legislatore del 1990 quale momento conclusivo, e apice, del procedimento amministrativo[3]; d'altra parte, che l'uso del *silenzio* abbia portato a problemi maggiori di quanti nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto risolverne[4], è sotto gli occhi di tutti varcando le aule della giustizia amministrativa.

L'applicazione dell'istituto del *silenzio*, laddove riferito alle c.d. "sanatorie edilizie", presenta poi zone d'ombra particolarmente marcate, in ragione della sua interferenza con altre categorie giuridiche, anch'esse complesse sotto il profilo dogmatico. E mi riferisco alle c.d. "sanatorie edilizie" che, a seconda della loro tipologia, sono interessate da significati diversi assunti dal comportamento inerte della p.a.

L'occasione di questa riflessione che, come si avrà modo di accennare, si presenta tra l'altro oggi di particolare interesse per le proposte di riforma - c.d. *mini condono edilizio* - messe di

---

1 La bibliografia sulla discrezionalità amministrativa è a dir poco sterminata. Qui si segnala solo, da ultimo, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn.dir.ammin*. n. 6/2022 in cui l'autorevole Autore spiega come questa questione si ponga oggi in termini nuovi rispetto al passato, e di come il regime e la estensione della discrezionalità dipendano dall'assetto costituzionale e, in particolare, dal mutamento della declinazione della separazione dei poteri.

2 Gli istituti di *semplificazione* e di *liberalizzazione* sono certamente coerenti con il nuovo spirito dell'azione amministrativa e strettamente connessi alla riduzione dei tempi amministrativi. La "semplificazione" interpreta la volontà di snellimento dell'attività amministrativa, di riduzione degli adempimenti incombenti sui cittadini e di accelerazione dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, in un'ottica strumentale alla funzionalità ed economicità dell'*agere* pubblico. In relazione al procedimento amministrativo, la semplificazione ha comportato l'introduzione di norme a carattere autorizzatorio, attraverso la eliminazione della necessità di un provvedimento espresso. Si tratta di una tendenza che sta alla base del meccanismo del silenzio assenso, orizzontale e verticale, degli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 ed anche rispetto alla conferenza dei servizi. La "liberalizzazione", invece, pur rispondendo alle medesime finalità della semplificazione presuppone la non necessarietà di un titolo abilitativo e, quindi, la non necessarietà di un procedimento amministrativo; è ispirata al *principio di sussidiarietà orizzontale*, secondo cui lo Stato, ove non necessario, deve ritirarsi consentendo la libera iniziativa dei privati. Ciò ricorre nelle ipotesi in cui l'iniziativa privata è legittimata direttamente dalla legge, senza la necessità di una intermediazione dell'organo amministrativo, come ad esempio nella SCIA (liberalizzazione parziale)..

3 Per una interessantissima analisi sulla problematica della discrezionalità e della codificazione amministrativa anche in merito ai limiti e ai nuovi orizzonti del potere di controllo del giudice nell'era del PNRR, si veda F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il giudice*, in *www.lamagistratura.it*, n. 2-2022.

4 M.A.SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della PA*, in *Giust.civ*., 1994, p. 485 e ss. dove già si evidenziava come l'istituito del silenzio assenso sulle autorizzazioni edilizie, da eccezione ha finito per diventare la regola; ma, soprattutto, da strumento di vantaggio per gli amministrati è divenuto, in questa materia, la causa principale di incertezza giuridica.

recente in cantiere dal legislatore nazionale per la modifica dell'art. 36 del testo unico edilizia ("Accertamento di conformità"), è stata offerta da un arresto della Corte Costituzionale di marzo 2023 su una questione di legittimità del co. 3 di quella norma, sollevata dal TAR Lazio, sezione II *bis*, con ordinanza n. 178 del 22.07.2022[5]. Sebbene la questione sia stata cassata dalla Consulta per difetto di motivazione[6], l'arresto appare nella sostanza particolarmente interessante, non solo per l'attualità delle problematiche giuridiche poste sul tavolo, ma soprattutto per una percepita tensione, da parte della Corte, ad evidenziare l'importanza dei dubbi sollevati, quasi nell'auspicio di una futura corretta formulazione dei quesiti da porre ai fini di una proficua decisione; al punto da spingersi, il giudice delle leggi, ad indicare esso stesso le ordinate da seguire in vista di una futura positiva presa in carico del quesito.

Nello specifico, la vicenda oggetto di attenzione nell'arresto n. 42/2023, attiene alla figura del silenzio significativo (nel caso di specie, *silenzio rigetto*) come espressamente contemplata dall'art. 36 dpr n. 380/2001 in tema di sanatoria edilizia (c.d. doppia conformità)[7].

Sul ricorso principale proposto al Tar Lazio avverso una ordinanza di demolizione di un manufatto (per un assunto difetto di notificazione del provvedimento amministrativo) e le conseguenti sanzioni pecuniarie, si innestava da parte della società ricorrente, con motivi aggiunti, il ricorso avverso il silenzio-rigetto formatosi *ex lege* per avvenuta decorrenza del termine di sessanta giorni previsto dal co. 3 dell'art. 36, nonché la richiesta di declaratoria giurisdizionale di sussistenza della doppia conformità urbanistico - edilizia.

---

5 Sentenza *Corte Cost. 16.03.2023 n. 42* su ordinanza di rimessione del *TAR del Lazio sez. II bis del 22.07.2022 n. 178* (quest'ultima su G.U. n. 46 del 17.11.2021)

6 A questo proposito ricordiamo che le due condizioni che rendono proponibile, da parte del giudice *a quo*, il giudizio incidentale di legittimità costituzionale di una legge sono il "requisito di rilevanza" e quello di "non manifesta infondatezza". Il *requisito di rilevanza costituzionale* attiene al fatto che la questione di costituzionalità deve riguardare una norma (sostanziale o processuale) applicabile nel giudizio *a quo* ed influente per la sua definizione; ciò spiega sia la sospensione del giudizio in corso fino alla decisione della Corte Costituzionale (art. 23 co. 3 legge n. 87/1953), sia l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità (art. 30 legge n. 87/1953). Il *requisito della non manifesta infondatezza*, invece, riguarda la motivazione da parte del giudice *a quo*, il quale deve dimostrare di aver effettivamente svolto la sua delibazione e di escludere altre possibili letture costituzionalmente conformi della norma impugnata; in questo modo ponendo la Corte costituzionale in condizione di valutare i motivi sui quali il remittente medesimo àncora la denuncia della sussistenza di un contrasto della norma legislativa con i parametri specificamente oggetto di richiamo.

7 Ai sensi dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001 il responsabile dell'abuso o l'attuale proprietario dell'immobile possono ottenere il permesso in sanatoria - *accertamento di conformità* - a condizione che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. Decorsi sessanta giorni dalla richiesta, senza che sia intervenuta una pronuncia adeguatamente motivata da parte dell'Ufficio comunale, la stessa si intende rifiutata (co.3). Il regime si presenta invece diverso nel caso della SCIA edilizia in sanatoria ex art. 37 co.4 d.p.r. 380/2001 dove, non essendo il silenzio espressamente qualificato dalla norma, è stato interpretato dal giudice amministrativo in termini di *silenzio-inadempimento*, con la conseguente applicazione, della disciplina di cui agli articoli 31 co. 2 e 117 c.p.a.: cfr. *Cons. St. sez. II, 20.02.2023 n. 1708*.

Il Tar Lazio, al cospetto di queste tre domande (sulla demolizione, sul silenzio e sull'accertamento della doppia conformità) riteneva di dover sollevare d'ufficio - ai sensi dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e art. 23 legge n. 87/1953 - questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 dpr n. 380/2001 nella parte in cui stabilisce che, in mancanza di una pronuncia espressa da parte degli uffici amministrativi entro il termine di sessanta giorni dalla richiesta di permesso di costruire in sanatoria, la medesima si intende rifiutata (co. 3). E, ciò, attese le ricadute processuali della disposizione normativa che, in caso di accoglimento dei proposti motivi aggiunti avrebbe nella, fattispecie, inciso anche sull'esito del ricorso avverso la demolizione e la irrogazione delle sanzioni[8].

Leggendo l'ordinanza di rimessione in effetti si fatica ad inquadrare i vari profili di dubbia legittimità costituzionale sollevati (a parere di chi scrive anche a ragione) dal giudice *a quo* in merito al comma 3 dell'art. 36 T.U. edilizia. Profili che, invece, vengono ineccepibilmente ricostruiti, nella loro dimensione sistemica, dalla Corte Costituzionale e riassunti in quattro rilievi, di carattere sostanziale e processuale: I) l'impossibilità di fatto, per il cittadino, di comprendere le ragioni della reiezione della istanza e, di conseguenza, la difficoltà dello stesso di offrire il proprio apporto nella fase istruttoria del procedimento; II) l'ingiusta differenza del regime sul silenzio nella sanatoria ordinaria ex art. 36 co. 3 (silenzio rigetto) rispetto a quella prevista per il condono edilizio ex art. 37 (silenzio assenso); III) l' aggravamento della posizione processuale del cittadino costretto ad un ricorso giurisdizionale "al buio" per via della mancanza di un provvedimento espresso di rigetto; IV) l'illegittimità di una cornice normativa in cui al giudice amministrativo viene chiesto di pronunciarsi sulla istanza di sanatoria edilizia, prerogativa della P.A., in spregio del principio di separazione dei poteri.

Alla luce delle argomentazioni portate dai soggetti costituiti in giudizio (Tar Lazio, PCM.-Avvocatura, Roma Capitale) la Corte, pur ritenendo la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata per motivazione insufficiente[9], si premura di fornire, essa stessa, "*un breve inquadramento del permesso in sanatoria*" sugli aspetti interessati dalla questione, indicando tre punti che il giudice remittente avrebbe, a suo giudizio, trascurato di motivare, ovvero: la *natura del potere,* la *ratio* del *silenzio rigetto,* la questione della *tutela* come diversamente affrontata dalla giurisprudenza.

A tal riguardo va osservato che, in realtà, in più passaggi della ordinanza di rimessione, il Tar Lazio fa riferimento solo ed esclusivamente alla giurisprudenza della propria sezione,

8 Nella ordinanza dei giudici laziali si legge «Ne consegue che l'eventuale accoglimento dei motivi aggiunti avverso il silenzio-diniego inciderebbe anche sulla lite introdotta col ricorso avverso l'ordinanza di demolizione d'ufficio n. ... e la correlata sanzione pecuniaria irrogata con atto n. ... . Ciò renderebbe inefficace anche l'ordinanza di demolizione originaria n. ..., sebbene impugnata con gravame definitivamente respinto (*cfr.* Tribunale amministrativo regionale Lazio, II *-bis* , n. 10753 del 2019 e Cons. Stato, VI, n. 1064 del 2020)».

9 Secondo la Corte l'ordinanza di rimessione presenterebbe «una ricostruzione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento per molti versi carente ed in parte erronea».

omettendo quel confronto con altri orientamenti che la Corte, condivisibilmente, ritiene fondamentale ai fini della motivazione della non manifesta infondatezza[10].

Ciò posto, la Corte Costituzionale preliminarmente stigmatizza la differenza tra i due istituti previsti dal legislatore in deroga alla disciplina generale del preventivo permesso di costruire, ovvero: la sanatoria edilizia ordinaria (doppia conformità) e quella straordinaria (c.d. condono edilizio), precisando che nel primo caso trattasi di abusi solo formali in quanto *privi di danno urbanistico*, mentre nel secondo caso l'abuso ha carattere sostanziale, in quanto consistente in una vera e propria *violazione della disciplina urbanistico-edilizia*[11].

Lo schema argomentativo suggerito dalla Corte è quindi chiarissimo, a dispetto di una ordinanza di rimessione in cui, sebbene la denuncia di incongruenze e distonie giuridiche non sia mancata, la stesse è stata, però, innegabilmente troppo sommaria e mal esposta.

La Corte redarguisce il giudice remittente per aver dato per scontato il presupposto della natura discrezionale del potere sanzionatorio esercitato dalla p.a., osservando che, invece, *per giurisprudenza largamente prevalente (ex plurimis e da ultimo, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 15 settembre 2022 n. 7993)* il provvedimento di sanatoria di cui all'art. 36 T.U.edil., avrebbe natura «*vincolata*»[12] o al più, *secondo altro e meno seguito orientamento,* natura «tecnico-discrezionale» o «solo tendenzialmente vincolata»[13].

---

10 Ne *Il libro della giustizia amministrativa 2021*, Torino, 2021, la terza sezione dell'opera è dedicata proprio alle ordinanze dei TT.AA.RR. di rimessione delle questioni controverse alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia UE, in un'ottica di continua osmosi tra giudice amministrativo, giudice delle leggi e giudice europeo, nella consapevolezza che nessun giudice oggi può considerarsi una monade isolata, ma deve necessariamente essere parte di un dialogo, proficuo e collaborativo, tra giurisdizioni, non solo interne.

11 La Corte Costituzionale (*sent. 26.09.2017 n. 232*) si è soffermata più volte sull'istituto dell' *accertamento di conformità* di cui all'art. 36 T.U.edil. affermando che esso costituisce «principio fondamentale della materia del governo del territorio» (*sent. 107/2017*) ed è «finalizzato a garantire l'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità» (*sent. n. 101/2013*). Tale istituto è volto a «sanare opere che, sebbene sostanzialmente conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia, sono state realizzate in assenza del titolo stesso, ovvero con variante essenziale». Esso è da tenere distinto dal c.d. "*condono edilizio*" in cui, invece, la sanatoria dell'abuso non è solo formale ma bensì sostanziale, in quanto le opere non sono affatto conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia (*sent. n. 50/2017*). Si ricorda che in Italia si sono avuti ben tre leggi sul condono edilizio: n. 47/1985 (art. 31), 724/1994 (art. 39), d.l. 269/2003 (art.32). Sui mali del condono edilizio, si ricorda *C. Cost. 21.07.1995 n. 416.* E' stato detto efficacemente che, per usare una nota formula di Massimo Severo Giannini, l'abusivismo e il condono, in Italia, sembrano non più far parte di un ordinamento giuridico "clandestino"; e che abusi e condoni edilizi hanno oramai dato vita a una specie di "giusnaturalismo", che prima o poi consente allo Stato di riconoscere ai proprietari il diritto di edificare nei luoghi e nel modo nei quali i proprietari stessi hanno scelto di esercitarlo, così L. CASINI, *Abusi e condoni edilizi: dalla clandestinità al giusnnaturalismo*?, in *Giorn.dir.amm*. n. 1/2019, p. 7.

12 Giurisprudenza prevalente, da ultimo *Cons. St. sez. VI n. 7993/2022* cit.

13A questo proposito la Consulta richiama due arresti del giudice amministrativo: *Cons. St., IV, 04.11.2022 n. 9664* in relazione al permesso di costruire e *TAR Campania-Salerno, 17.052022 n. 1270* su un

Data la peculiarità dell'art. 36 TU edil., quale *norma a carattere sostanziale, ma con effetti processuali*, il TAR del Lazio, da parte sua, afferma che a precludergli l'accertamento di conformità ivi disciplinato, sarebbe proprio la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo: non solo perché all'attribuzione del *bene della vita* debba pervenirsi attraverso l'esercizio di funzione autoritativa, attesa l'impossibilità assoluta e oggettiva per il giudice di *pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi ancora non esercitati* (art. 34 co. 2 cpa), ma anche in virtù del principio secondo cui l'organo giurisdizionale può pronunciarsi sulla fondatezza della domanda solo quando ne sussistano i presupposti di legge, ovvero quando: - *"si tratti di attività vincolata" - "non residuano ulteriori margini di esercizio di discrezionalità" - "non siano necessari adempimenti istruttori"* a carico dell'amministrazione (art. 31 co. 3 cpa).

A voler liquidare sbrigativamente la contrastata questione, si potrebbe asserire, con formula secca e lapidaria, che il procedimento di sanatoria ordinaria ex art. 36 TU edil. ha natura di mero "controllo", *equivalente* al permesso di costruire il quale, come si sa, è atto vincolato nell' *an* e nel *quid*, non essendo preordinato alla ponderazione di interessi, la quale avviene già all'interno del procedimento di pianificazione urbanistica. Detto altrimenti, in questo caso, la discrezionalità dell'amministrazione si consumerebbe tutta nel momento in cui l'esercizio della funzione precettiva, con l'approvazione del piano urbanistico, viene ad esaurirsi. D'altra parte, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, la *natura vincolata* del permesso di costruire è confermata dal fatto che il titolo edilizio è, per legge, *irrevocabile*[14].

Sennonché la problematica appare ben più complessa e lo dimostra l'imperitura attualità del tema dei provvedimenti in sanatoria, che non solo sembra aver conservato intatto tutto il suo fascino, ma rafforza l'idea che la materia edilizia rappresenta, da sempre, un osservatorio privilegiato per apprezzare lo stato dell'arte di diverse questioni classiche del diritto amministrativo, sostanziali e processuali, quali la discrezionalità amministrativa, gli accertamenti costitutivi, la retroattività degli effetti della sanatoria, il silenzio della pubblica amministrazione, la inesauribilità del potere amministrativo, ed ora anche quello della inefficacia degli atti tardivi.

Nonostante l'apparente definitivo traguardo che la giurisprudenza costituzionale ha tentato di segnare attraverso una autorevole scelta di campo, con gli arresti n 101/2013 e n. 107/2017 (cui si farà cenno in seguito), il sentiero da percorrere verso una posizione che sia

---

caso relativo a permesso in sanatoria. In dottrina G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019.

14 In merito, *C. Cost. 5.05.1983 n. 127*. La irrevocabilità del permesso di costruire è oggi sancita dall'art. 11 co. 2 del d.p.r. n. 380/2001 e si giustifica per la impossibilità, sul piano logico-giuridico (come oggi positivamente previsto dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990) della valutazione di "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ovvero del "mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento", ovvero ancora, salvo le eccezioni previste, la "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". In dottrina si rinvia a S. CIVITARESE – P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2020 pagg. 349 e 341, dove è precisato che nel nostro ordinamento la funzione essenziale del permesso di costruire è di «mero controllo di legittimità, senza alcuna funzione conformativa della proprietà», salvo l'ipotesi eccezionale di "permesso di costruire in deroga" ex art. 14 TUE. Sul punto si rinvia a P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984 .

unanimemente condivisa - semmai ciò sia davvero possibile in un sistema tanto dinamico come quello del diritto amministrativo - appare ancora particolarmente accidentato, poiché non privo di prospettazioni diverse e opposte rispetto a quella abbracciata attualmente dalla prevalente dottrina e giurisprudenza sul tema della sanatoria edilizia (o meglio, *delle sanatorie edilizie*). Prospettazioni diverse che, a sommesso giudizio di chi scrive, non sono meno convincenti della tesi maggioritaria a cui, tra l'altro, sembra aderire anche la Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 42/2023.

L'enorme vastità delle questioni implicate che una trattazione sul tema delle sanatorie edilizie inevitabilmente comporterebbe - e quindi il rischio di perdere i confini di un ordinato, seppur modesto ragionamento - induce chi scrive a seguire le coordinate argomentative tracciate dalla Consulta, così partendo dalla prima: la *natura giuridica* dell'istituto della sanatoria edilizia.

2. La controversa natura del potere sanzionatorio in materia edilizia.

La qualificazione giuridica dell'attività compiuta dall'amministrazione nel caso della sanatoria edilizia ordinaria *ex* art. 36 TU edil., assume rilevanza pratica proprio in relazione alle implicazioni derivanti, sul piano processuale da una norma, come questa, che assegna esplicitamente al comportamento inerte (silenzio) tenuto dalla p.a. sulla istanza del privato, il significato di *rigetto*. La questione che allora si pone è che, in questo modo, al giudice verrebbe demandato di sostituirsi all'amministrazione e di provvedere in prima battuta in luogo dell'autorità amministrativa, affinché proceda anche a valutazioni in varia misura discrezionali, di carattere tecnico e/o amministrativo: quindi, il vecchio ed ora più che mai attuale controverso rapporto tra il potere amministrativo e potere giudiziario, in una parola, il principio della *separazione tra poteri* . Esigenza apprezzabile «sia in caso di assenso che di diniego»[15].

L'indagine va direttamente al cuore del problema, e la risposta dipende dalla lettura che si fa dell'art. 36 TU edil.: ovvero se testuale o, invece, in termini oggettivo-funzionali. Nel primo

15 Nella ordinanza si legge «In altri termini il giudice, secondo il principio di separazione dei poteri, ricavabile dal complesso delle disposizioni di cui alla Parte II della Costituzione e riconducibile in particolare agli art. 97, 113 della stessa, non potrebbe sostituirsi all'amministrazione, provvedendo in prima battuta in luogo dell'autorità amministrativa, procedendo anche a valutazioni in varia misura discrezionali, di carattere tecnico e/o amministrativo (cfr, in ultimo, *Corte Cass. S.U. n. 2604 del 2021*)». Dati questi confermati, come precisano i giudici capitolini, dagli art. 34 co. e 31 co. 3 del c.p.a. Il caso qui richiamato dal giudice remittente (*Tar Lazio II bis n. 178/2021*) riguardava una ordinanza della CCSU in un ricorso giurisdizionale per difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una presunta violazione, da parte del Consiglio di Stato, del *principio di separazione dei poteri* (tra amministrazione e giudice) per aver ritenuto illegittima - sotto il profilo della manifesta illogicità - una delibera del CIPE di approvazione di un progetto di opera pubblica (lotto autostradale). Il supremo giudice delle leggi, tuttavia, ha cassato il ricorso della società per azioni Autostrade Brescia-Verona-Vicenza-Padova non ravvisando, in questo caso, il lamentato sconfinamento di poteri da parte del giudice amministrativo di secondo grado. Nell'occasione si è soffermato diffusamente su tale principio.

caso la linea sarà segnata da una concezione formalistica del *principio di legalità*, mentre nel secondo caso da una concezione sostanziale dello stesso.

A tal proposito una premessa appare d'obbligo: il principio di legalità viene soddisfatto non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale[16]. Non meno rilevante ai fini di questa analisi, come si avrà modo di vedere, è l'approccio dogmatico con il quale si affronta la tematica, atteso che la prospettiva dell'amministrativista è condizionata da sensibilità e obiettivi diversi rispetto a quella del penalista, il che incide inevitabilmente sull'approdo finale.

L'assunto di partenza diviene, quindi, che l'abusivismo edilizio - o gli "abusivismi di cui più correttamente parlava Predieri[17] - non può essere ridotto solo ad una questione strettamente repressivo-sanzionatoria, essendo piuttosto, e principalmente, il portato di un problema che è culturale (ovvero di prevenzione anche sociale, di attenzione all' ambiente e alla salute dei cittadini, di sicurezza ecc.), socio-economico, oltre che morale, e che non può che essere affrontato a livello istituzionale, all'interno di un quadro normativo chiaro ed efficace e, soprattutto, con attribuzione di competenze legislative, statali e regionali, ben definite e circoscritte.

Nella disciplina urbanistico-edilizia si parla di "difformità" per significare che un opera, o parte di essa, non coincide con quanto prescritto dalla normativa di settore e, quindi, dal titolo edilizio pertinente, e questo conferisce a tale violazione una connotazione duplice: *sostanziale,* in relazione alla lesione dell'interesse *soggettivo* della pubblica amministrazione alla salvaguardia di una certa caratteristica dei luoghi; e *strumentale,* in relazione alla lesione dell'interesse *oggettivo* al rispetto delle norme stesse[18].

Per meglio inquadrare l'istituito della sanatoria edilizia e la sua evoluzione nel tempo, va ricordato che l'ordinamento giuridico ha da sempre contemplato, sebbene implicitamente, la possibilità di eliminazione di illeciti edilizi *lievi* attraverso il rilascio *ex post* del titolo edificatorio (c.d. sanatoria ordinaria); mentre invece, per le violazioni edilizie particolarmente gravi, lo ha fatto attraverso interventi eccezionali e temporalmente limitati, contenuti in norme

16 G. MORBIDELLI, *"Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"*, Atti del 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*. Sul principio di legalità cfr anche S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993 p. 267, laddove è evidenziato come i principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituiscono elementi di riconduzione del sistema a unità e dunque, criteri direttivi del potere regolamentale .

17 A. PREDIERI, *Prefazione*, in A. Predieri (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni, Roma*, 1985, 15 ss., il quale affermava che da ogni punto di vista, socio-economico o strettamente giuridico, non c'è un abusivismo ma vi è una "pluralità di abusivismi".

18 Nel primo caso, alla stregua di qualunque illecito civile, la violazione darà luogo a un risarcimento danni nella forma generica (sanzione pecuniaria) o specifica di natura reale (demolizione); nel secondo caso, invece, la violazione dovrà essere trattata come un illecito amministrativo, dando luogo a una sanzione penale. Così, F. BENVENUTI, *Violazione delle norme edilizie e poteri di sanatoria del Sindaco*, in *Riv. amm*. 1958, p. 3 ss.

espresse, come i c.d. condoni edilizi[19]. A tal proposito va altresì ricordato che, nel silenzio della legge urbanistica fondamentale (legge n. 1150/1942)[20], il rilascio postumo del titolo edificatorio di opere comunque conformi alla normativa vigente è stato per lungo tempo ritenuto ammissibile ed avallato dai giudici amministrativi; e ciò in virtù di un principio generale dell'ordinamento giuridico[21], per cui era considerato illogico e irragionevole, attesa la conformità urbanistico-edilizia del manufatto realizzato, disporne la rimozione per ragioni di irregolarità "meramente formali" [22].

Questo generale atteggiamento di tolleranza iniziale è tuttavia presto mutato a causa dell' incremento incontrollato del fenomeno migratorio che, con la rivoluzione industriale del secondo dopoguerra, portò nel nostro Paese, già dall'inizio degli anni '50, tanta popolazione ad insediarsi nelle città, con abbandono delle campagne; e ciò senza che le istituzioni si curassero di attivare adeguate politiche pubbliche, oltre che misure di vigilanza sugli effetti deleteri di tale inurbamento.

L'abusivismo edilizio dissennato che derivò da quella incontrollata urbanizzazione, è ancora oggi sotto gli occhi di tutti, ed è stata di proporzioni talmente importanti da compromettere fortemente l'ordinato assetto del territorio[23]e, conseguentemente, uno sviluppo più razionale di tutto il sistema, urbano e sociale. Da qui l'esigenza, avvertita come improcrastinabile, di far fronte a una siffatta situazione attraverso interventi di regolarizzazione del patrimonio edilizio esistente, ai fini di un reale recupero urbanistico-edilizio ed ambientale.

---

19 Sull'argomento si rinvia a P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi,* Padova, 2022.

20 Cfr. P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in *Riv.giur.edil,* 2004, 1398 ss, il quale ci ricorda che la legge urbanistica del 1942, nel disciplinare il titolo abilitativo all'edificazione, nulla diceva circa la possibilità di un suo conseguimento a posteriori, ad opere già eseguite.

21 Tale interpretazione estensiva, precedente anche all'entrata in vigore della legge n. 10/1977, non si basava su alcuna disposizione normativa, bensì su "principi generali", come affermato da *Cons.St. A.P. 17.05.1974 n. 5.* In dottrina sul punto, anche F. SAITTA, *Permesso di costruire in sanatoria: in Sicilia non è più necessaria la "doppia conformità" (prime considerazioni a margine dell'art. 14, comma 1, della legge regionale siciliana n. 16 del 2016)*, in *Lexitalia.it*, 2016

22 Principio successivamente espressamente avallato da *Cons. St. V 13.10.1993 n. 1031*, secondo il quale il potere autorizzatorio, intesa l'accezione in senso ampio, può essere in generale esercitato per consentire attività permesse dall'ordinamento, anche *medio tempore* illegittimamente svolte per mancanza del necessario assenso dell'autorità amministrativa, a meno che la legge, ovvero una imprescindibile esigenza logica o funzionale, lo impediscano; il mero silenzio del legislatore non è perciò interpretabile come divieto di provvedere al rilascio di concessioni in sanatoria delle opere ormai assentibili. In senso contrario A. CUTRERA, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica,* Milano, 1977 p. 212, per il quale la concessione edilizia non poteva essere emanata in sanatoria di una preesistente situazione di illegittimità.

23 Anche *Corte Costituzionale 29.07.1995 n. 416* ebbe a rilevare lucidamente come una delle principali concause dell'abusivismo edilizio sta nella incapacità delle istituzioni a svolgere una incisiva e tempestiva azione di controllo del fenomeno.

Dopo i primi tentativi falliti di disciplinare la materia delle difformità edilizie, attraverso due proposte di legge risalenti ai primi anni '70 per iniziativa degli onorevoli Marmura prima e Lezzi poi e rimaste tuttavia senza seguito[24], il sistema approdò alla legge n. 10/1977, c.d. Bucalossi[25], dove il rilascio della concessione in sanatoria implicava, comunque, accertamenti e valutazioni discrezionali da parte della pubblica amministrazione[26]. Per effetto di questa legge parte della giurisprudenza e della dottrina ritenevano che la vecchia sanatoria edilizia, di elaborazione pretoria, non potesse più trovare cittadinanza nel nostro sistema giuridico[27]; circostanza, questa, che venne a determinare un quadro assai incerto.

Una risposta più incisiva alla esigenza di regolamentazione statale degli abusi edilizi[28] arrivò con la legge 47/1985 la quale, modificando la disciplina della sanatoria edilizia come

24 Così G. GUZZO e G. PALLIGGIANO, *L'attività edilizia, titoli, procedure, sanzioni e tute*la, Milano, 2018, p. 454.

25 Legge 28.01.1977 n. 10 "*Norme per la edificabilità dei suoli*", art. 15 "*Sanzioni amministrative"* che al co. 2 recitava: «La vigilanza sulle costruzioni è esercitata dal sindaco ai sensi dell'articolo 32 della legge 17 agosto 1942, n.1150». Il testo originario dell'art. 32 "Attribuzione del podestà per la vigilanza sulle costruzioni", legge n. 1150/1942, recitava: «Il podestà esercita la vigilanza sulle costruzioni che si eseguono nel territorio del Comune per assicurarne la rispondenza alle norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni del piano regolatore comunale ed alle modalità esecutive fissate nella licenza di costruzione. Esso si varrà per tale vigilanza dei funzionari ed agenti comunali e d'ogni altro modo di controllo che ritenga opportuno adottare. Qualora sia constatata l'inosservanza delle dette norme, prescrizioni e modalità esecutive, il podestà ordina l'immediata sospensione dei lavori con riserva dei provvedimenti che risultino necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino. L'ordine di sospensione cesserà di avere efficacia se entro un mese dalla notificazione di esso il podestà non abbia adottato e notificato i provvedimenti definitivi. Nel caso di lavori iniziati senza licenza o proseguiti dopo l'ordinanza di sospensione il podestà può, previa diffida e sentito il parere della Sezione urbanistica compartimentale ordinarne la demolizione a spese del contravventore senza pregiudizio delle sanzioni penali.(…)». Articolo sostituito dal capo I della legge 28 febbraio 1985, n. 47, poi dagli articoli 31 e seguenti del d.p.r. n. 380 del 2001. Invero già in precedenza il T.U. della legge comunale e provinciale, r.d. 3 marzo 1934 n. 383, all'articolo 108 disponeva che in presenza di un illecito edilizio che avesse arrecato danno al Comune, il Sindaco poteva subordinare l'accoglimento della domanda di oblazione alla circostanza che il colpevole eliminasse le conseguenze della trasgressione e lo stato di fatto che la costituiva, così V. BRIGANTE, *Accertamento di conformità: tracce di una controversa evoluzione*, in *Riv.giur.edil*., 2018, fasc. 3 p. 173 e ss.

26 Sul punto A. MONACO, *Urbanistica, ambiente e territorio*, Napoli, 2008 p. 966. In giurisprudenza *Cons. St. sez. V 13.10.1993 n. 1031* che precisava come doveva ritenersi legittimo il rilascio di concessione edilizia in sanatoria purché l'intervento si presentasse conforme alle prescrizioni vigenti e non fossero ravvisabili implicazioni negative sulla tutela dell'interesse pubblico. *Contra* A. CUTRERA, *Concessione edilizia*, op.cit. 210 e ss. per il quale l'atto di concessione non può essere emanato in sanatoria di una preesistente situazione di illegittimità.

27 E proprio la determinata ostilità opposta dalla giurisprudenza nei confronti della prassi ritenuta assai poco civile ed immorale del "fatto compiuto", fece naufragare i diversi tentativi del legislatore statale di introdurre una sorta di sanatoria generalizzata degli illeciti commessi in materia edilizia. Emblematica è l'ordinanza emessa dal *Pretore di Orvieto, 11 ottobre 1983*, in *Giur. cost*., 1984, p. 766 in riferimento al d.l. 5 ottobre 1983 n. 529 che recava "Norme per la rilevazione e la sanatoria delle opere edilizie abusive", mai convertito in legge.

28 Si deve segnalare che prima della legge n. 47/1985 il legislatore statale aveva tentato per ben due volte di dare una disciplina alla materia, ma invano (d.l. 486/1982 e d.l n. 688/1983 non convertiti), mentre più attive si erano dimostrate le regioni. La regione Sicilia, con la legge 29.02.1980 n. 7, ad esempio, aveva previsto l'inserimento di nuclei edilizi abusivi negli strumenti urbanistici, attraverso varianti ai piani

contemplata dalla legge Bucalossi, sancì la punibilità dell'abuso, anche solo formale, con l'introduzione dell'istituto dell' «accertamento di conformità»[29]. L'art. 13 della legge prevedeva, infatti, che colui che avesse realizzato opere abusive - in quanto prive della necessaria concessione edilizia ovvero in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto ad essa - potesse conseguire, in via successiva, il relativo provvedimento abilitativo, purché l'opera risultasse conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione *vigenti* e non in contrasto con quelli (soltanto) adottati sia al momento della *realizzazione*, sia al momento della *presentazione della domanda*[30]. Più in generale il legislatore del 1985 fissò un regime normativo ben definito, sia per l' abusivismo c.d. sparso (art. 13 - "Accertamento di conformità") sia per l' abusivismo c.d. diffuso o *plurimo* (art. 29 - "Varianti agli strumenti urbanistici e poteri normativi delle regioni" - in questo caso prevedendo complessi procedimenti per il recupero urbanistico-ambientale), vale a dire quello di realizzazione massiccia di nuclei edilizi abusivi, eufemisticamente detti "spontanei"[31]; in questo modo ponendosi anche come il punto di arrivo di una ben precisa tendenza legislativa iniziata con la legge n. 10/1977.

In particolare l'art. 13, nel fissare una rigida regola di condotta da parte dell'amministrato, esprimeva in qualche modo lo sforzo del legislatore di trovare un punto di equilibrio nel sistema, introducendo così una misurata deroga al principio secondo cui la legittimità della concessione edilizia (oggi permesso di costruire) deve essere verificata al momento del relativo rilascio da parte dell'amministrazione[32].

Ma il dibattito, in dottrina e in giurisprudenza non ebbe affatto a sedarsi, anzi.

Sulla interpretazione dell'art. 13 della legge n. 47/'85 si sono contrapposte due diverse posizioni: una basata su una lettura più rigida, testuale, in aderenza al *principio di legalità formale* (*Cons.St. A.P. 08.01.1986 n.1*) ed una basata su una lettura più mite (*parere Cons.Stat. A.P. 29.03.2001 n. 3)* che, invece, si fondava sul *principio del buon andamento* della P.A., secondo il quale risultava illogico ordinare la demolizione di ciò che sarebbe stato comunque autorizzato in base alla legislazione vigente[33]. Ciò al netto delle diatribe giuridiche sulla

---

generali e ai relativi strumenti attuativi, sebbene subordinatamente a determinate condizioni di miglioramento delle infrastrutture.

29. Sul punto N. ASSINI, M. CICALA, E. FORTUNA, *Condono edilizio. Recupero urbanistico e sanatoria*, Padova, 1985, p. 4; M. BASSANI, V. ITALIA, *Sanatoria e condono edilizio*, Milano, 1985.

30 Come autorevolmente osservato in dottrina ««il sistema consente di sanare tutto ciò che è stato realizzato, bensì senza titolo, ma in conformità a quanto stabilito dalla disciplina sostanziale, di guisa che ciò che in definitiva rileva nei rapporti tra proprietario e autorità amministrativa non è tanto che la trasformazione sia stata preceduta dal controllo del progetto da parte della seconda o comunque che il controllo sia stato reso possibile, quanto che in definitiva la trasformazione stessa non contrasti con la normativa di zona», P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali*, op.cit.

31 A. PREDIERI, sub art. 49, in A. Predieri (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, p. 624 ss.

32 In questo senso *Cons.St. Sez. V, 20.10.1994 n. 1200*.

33 Ciò anche in aderenza al *principio di conservazione dei valori economici* espressamente contenuto nell'art. 32 legge urbanistica fondamentale n. 1150/42 che conferiva all'autorità amministrativa il potere di

questione della natura provvedimentale o meno dell'introdotto *accertamento di conformità* (c.d. "doppia conformità") e sulla natura del potere esplicato dalla p.a.. Cionondimeno, per mano delle corti, continuava a trovare legittimazione nel nostro ordinamento giuridico la (già nota) sanatoria edilizia *semplice*, poi battezzata "sanatoria giurisprudenziale"[34]. Accezione infelice, questa, che - nel rimarcare non solo la natura di atto atipico con effetti provvedimentali *praeter*

---

manifestare la volontà di regolarizzare una situazione, riconoscendo che la stessa è conforme o comunque non contrasta con disposizioni inderogabili dell'ordinamento giuridico. In questo senso G. FERRERO, *Sanatoria in tema di licenze*, in *Riv. giur. edil*. 1968, p. 72. In giurisprudenza, *Cons. St., V, 27.02.1965 n. 171* secondo il quale, se dopo l'annullamento della licenza edilizia per contrasto con norme regolamentari queste siano modificate in modo che la stessa venga a trovarsi con esse in una situazione di perfetta rispondenza, «non può essere accolta la richiesta di demolizione del fabbricato a suo tempo illegittimamente eretto, perché si giungerebbe all'assurdo risultato di far ordinare la demolizione dell'edificio in applicazione di norme ormai abrogate, mentre il Comune potrebbe rilasciare una ulteriore autorizzazione a costruire un edificio identico, in base alle norme sopravvenute». Nello stesso senso *Cons. Stato, V, 12.03.1971 n. 212; Cons. Stato, V, 14.03.1972 n. 168*. Sul punto anche B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale. Note critiche sul dogma della "doppia conformità" secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil*., 2013, p. 538 ss., il quale osservava come «il rilascio di licenze o concessioni edilizie *ex post* è stato a lungo considerato perfettamente ammissibile, ed espressione di un principio generale, sotteso o non contraddetto dalla l. n. 1150/1942, immanente all'ordinamento. Su questo principio, enunciato negli anni '60, vi fu presto una convergenza della giurisprudenza e della dottrina. In questo primo momento, il consenso fu praticamente plebiscitario, pur nella molteplicità delle argomentazioni portate in aggiunta a quelle di fondo della configurabilità della sanatoria come istituto generale. Si sottolineava da una parte come sarebbe stato abnorme trattare normativamente in modo uguale un'opera difforme e una conforme dall'ordine urbanistico vigente, dall'altra che la natura della sanzione, ripristinatoria e non afflittiva (cui provvedeva la contestuale norma incriminatrice penale) era insanabile contraddizione con l'effetto cui avrebbe messo capo, e cioè l'eliminazione di una *res licita*». Sul punto anche E. FOLLIERI, *Profili problematici della concessione in sanatoria, con riferimento alle sanzioni amministrative previste dalla l. 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II, 239; L.V. MOSCARINI, *Proprietà dei suoli*, jus aedificandi, *licenza e concessione in sanatoria*, in *Cons. St.*, 1979, II, 571; G. PAGLIARI, *Concessione edilizia in sanatoria: stato del dibattito e spunti ricostruttivi*, in *Riv. giur. edil.*, 1981, II, p. 144.

34 L'istituto genera dalla sentenza del *Cons. Stato, Sez. V, 13.02. 1995 n. 238*: «La concessione in sanatoria delle opere edilizie, che più propriamente è una autorizzazione postuma, è istituto dedotto, dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, dai principi generali attinenti al *buon andamento* ed alla *economicità* dell'azione amministrativa e consiste nell'obbligo di rilasciare la concessione quando sia regolarmente richiesta e conforme alle norme urbanistiche vigenti al momento del rilascio, anche se l'opera alla quale si riferisce sia già stata realizzata abusivamente». Sul tema della sanatoria giurisprudenziale, in dottrina, cfr. P. TANDA, *L'orientamento (a volte contrastante) dei giudici amministrativi e penali sull'ammissibilità della c.d. sanatoria giurisprudenziale*, Nota a *sentenza C. Cass., Sez. III, 21/10/2014 n. 47402*, in *Riv. giur. ed*. n. 1/2015; B. GRAZIOSI, A*ttualità della questione dei titoli edilizi postumi. nuove ragioni e vecchi argomenti (ancora a proposito della c.d. sanatoria giurisprudenziale), ibid.* n. 1-2020, pag. 53; V. BRIGANTE, *Accertamenti di conformità: op.cit.*

legem[35] ma pure il carattere ingiustamente in qualche modo "premiale" nei confronti dell'abuso edilizio[36] - finì per inasprire ancor più il confronto degli attori in campo.

Molte regioni infatti, sotto la spinta della necessità di intervenire sul degrado territoriale attraverso nuovi strumenti come la *rigenerazione urbana* del patrimonio edilizio esistente, codificarono sostanzialmente, sebbene con differenti formulazioni[37], la sanatoria giurisprudenziale[38]: d'altronde solo legittimando il c.d. *stato di fatto,* e quindi regolarizzando gli abusi "storici", era possibile una "ricucitura" pianificata e programmata dell'assetto edilizio ed urbano[39]. L'insistenza della legislazione regionale nel varare forme, talora surrettizie, di sanatorie "*semplici*"[40], ha incontrato però la radicale opposizione della Corte Costituzionale orientata, al pari della giurisprudenza amministrativa, essenzialmente verso

35 *Cons. St., VI, 11.09.2018 n. 5319* che stigmatizza non solo come l'istituto non trovi affatto fondamento nell'ordinamento positivo, il quale è contrassegnato dai principi di legalità dell'azione amministrativa e di tipicità e nominatività dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione, ma anche che l'esercizio di poteri in assenza di previsione di legge implichi la violazione del principio di separazione dei poteri medesimi e l'invasione di sfere proprie di attribuzioni riservate alla pubblica amministrazione. Ancora prima *Cons. St., VI, 18.07.2016, n. 3194* secondo cui con la «sanatoria giurisprudenziale» viene in questione «un atto atipico con effetti provvedimentali che si colloca al di fuori di qualsiasi previsione normativa».

36 M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi edilizi di creazione giurisprudenziale*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 61, secondo cui, in caso contrario, «si realizzerebbe una gestione dell'apparato sanzionatorio ingiustamente premiale dell'abusivismo e assolutamente inaccettabile da parte della maggioranza dei cittadini onesti e osservanti la legge, con conseguente violazione dei principi di eguaglianza, di ragionevolezza e di buona amministrazione»; P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione* edilizia, op.cit., p. 1412, il quale, pur ritenendo preferibile la soluzione negativa, rileva che, laddove si reputasse invece di ammettere la figura in discussione, la si dovrebbe coerentemente mantenere estranea, sotto ogni punto di vista, rispetto al diverso modello di cui al vigente art. 36 t.u., escludendosi, in particolare, l'applicabilità ad essa del peculiare regime contributivo-sanzionatorio aggravato, tipico dell'accertamento di conformità, in luogo della normale quantificazione dei contributi concessori. *Contra*, B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 161 ss, secondo cui la c.d. sanatoria giurisprudenziale è da ritenersi esclusa soltanto per gli immobili gravati da vincolo paesaggistico; P. MONETTO, *La "sanatoria giurisprudenziale" degli abusi edilizi,* in *Il Piemonte delle Autonomie, Riv. quatr. scienze dell' amministrazione*, Torino. n. 4-2014..

37La L.R. Emilia Romagna n. 23/ 2004 all'art. 17, facendo ovviamente "*salvi gli effetti penali*", consente il rilascio del permesso di costruire e di s.c.i.a. in sanatoria qualora l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda.

38 La L.R. Emilia Romagna n. 23/2004 (art. 17); la L.R. Toscana n. 65/2014 (art. 34) ; L.R. Liguria n. 1/2015 (artt. 154 e 258) e n. 11/2015 (art. 34); L.R. Sicilia n. 16/2016 (art. 14); L.R. Campania n. 6/2016 (art. 8).

39 P. BERTOCCHI, *La rigenerazione urbana come occasione per ripensare l'accertamento di conformità,* in Urb.e appalti n. 6-2018, p. 729 e ss.

40 Il riferimento è alla L.R. Sardegna n. 23/1985 che all'art. 16 ammette e disciplina espressamente nel dettaglio la cosiddetta "sanatoria con opere o prescrizioni", quelle che rendono l'opera conforme anche alla disciplina urbanistica vigente, istituto che, peraltro viene correntemente ricondotto dalla giurisprudenza tra quelle precluse dall'art. 36. In dottrina, cfr. B. GRAZIOSI, *La ammissibilità della s.c.i.a. a sanatoria con opere o prescrizioni degli abusi edilizi minori*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, 425.

una interpretazione restrittiva dell'art. 36 del T.U. edil. (e dell'art. 13 della l. n. 47/1985) quale principio fondamentale nella materia "governo del territorio", nella parte in cui subordina il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria alla riscontrata presenza del requisito della doppia conformità. Decisivi sono stati due arresti della Corte Costituzionale (sent. n. 101 del 29.05.2013 e sent. n. 107 del 11.05.2017) che hanno rivelato «la volontà di liquidare definitivamente una sorta di abnorme aporia interpretativa»[41].

Le due sentenze, in relazione a contesti e attraverso percorsi argomentativi differenti, accolgono la tesi più rigorosa, la quale assume l'accertamento di conformità quale *unico* modello normativo possibile di sanatoria, paradigma totalizzante dell'intera categoria dei titoli edilizi postumi, attraverso il superamento dell'istituto pretorio della sanatoria giurisprudenziale[42]. La Consulta qui declina il *principio di legalità* dell'azione amministrativa in senso essenzialmente *formale*, ritenendo quindi ontologicamente incompatibile la sanatoria giurisprudenziale[43]: non configurabile un *potere implicito* di sanatoria edilizia laddove la norma implicitamente lo esclude[44]. In altri termini, secondo tale impostazione, accolta in maniera pressoché unanime dalla giurisprudenza successiva, l'articolo 36 citato, anche in ossequio al *principio di tipicità* dell'esercizio del potere autoritativo, assorbirebbe tutte le fattispecie di

41 B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale.*, op.cit. p. 538.

42 In dottrina, a favore della sanatoria giurisprudenziale si era espresso G. TORREGROSSA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1985, suppl. al n. 2, 23; *contra*, A. DE ROBERTO, *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni (commento alla l. n. 47/1985)*, in A. Predieri (a cura di), Roma, 1985, 206; V. GASPARINI CASARI, *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica della l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in R. Gianolio (a cura di), Rimini, 1985, 204. Sull'obbligo del rilascio della concessione in sanatoria per opere non in contrasto con gli strumenti urbanistici, la giurisprudenza si era più volte espressa favorevolmente: tra le tante, *T.A.R. Liguria, 22.06.1987, n. 410*; T.A.R. Lazio, II, 22.04.1988, n. 624. Ancora sul tema, M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi, op.cit., p.* 40 ss.; A. CORTESI, *I termini del dibattito in corso in tema di «sanatoria giurisprudenziale»*, in *Urb. e app.*, 2003, 1091 ss.; P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, op.cit.; B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità, op.cit.*; L. RICCI, *Accertamento di conformità e regolarizzazione edilizia successiva atipica (c.d. «sanatoria giurisprudenziale»), ivi*, 2009, I, 737 ss.

43 A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb e app.*, 2007, p. 340. In altri termini, il bilanciamento operato dalla Corte, tra il *buon andamento dell'azione amministrativa* e il rispetto del *principio di legalità*, predilige quest'ultimo aspetto, da declinare nell'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità .

44 Sempre A.TRAVI *La sanatoria giurisprudenziale*, *op.cit.*, p. 341. Si segnala come, se in questo senso è la *Relazione illustrativa* al Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, ha ragionato diversamente la *Sezione Atti Normativi del Consiglio di Stato, 29.05.2001 n. 52*, sul rilievo che "la prassi disattende la disciplina" e adombra l'opportunità di un intervento legislativo che codifichi la possibilità, con costi maggiori, di una sanatoria anche in caso di conformità semplice.

regolarizzazione postuma, non residuando spazio alcuno per la c.d. *sanatoria giurisprudenziale*[45].

Sul solco di questo rigore formale, anche parte della dottrina ha rilevato come l'argomento pratico rappresentato dalla conformità agli strumenti urbanistici vigenti «è senza dubbio suggestivo, ma non può essere decisivo»[46]; inoltre, la necessità di fornire un'interpretazione rigorosa della norma in esame si desume dalla considerazione secondo cui «la netta distinzione tra abuso formale ed abuso sostanziale non è sufficientemente raffinata per abbracciare varie ipotesi intermedie che la prassi riscontra»[47].

Così ricostruita, seppur succintamente, l'evoluzione dell'istituto delle "sanatorie edilizie", si può passare alla questione che ci sembra davvero centrale: la collocazione sistematica dell'istituto della doppia conformità edilizia (come si diceva, unica fattispecie positivizzata nel nostro sistema giuridico). Ovvero se l'atto di accertamento ivi previsto possa o meno considerarsi alla stregua di un provvedimento amministrativo, con le conseguenti ricadute pratiche, anche in termini di qualificazione del silenzio dell'amministrazione sull'istanza di *permesso in sanatoria* presentata dal privato.

Se dal punto di vista strettamente strutturale, ed in aderenza ad una visione c.d. "attocentrica" [48], il *permesso di costruire in sanatoria*[49] indubitabilmente sintetizza tutti i caratteri

---

45 Così A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale* op. cit.; ancora più di recente, P. TANDA, *Sanatoria giurisprudenziale: auspicabile un intervento dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, p. 880 ss.; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 599-600. In giurisprudenza si ricorda *Cons. St., VI, 18.07.2016, n. 3194*; *C. Cass. pen., III, 11.02.2016, n. 26425*. Per la giurisprudenza meno recente, si rinvia a F. SAITTA, *Art. 36*, in *Testo unico dell'edilizia*, (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2015, p. 873-874.

46 A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale , op.cit*.

47 Una sanatoria svincolata rispetto al requisito della doppia conformità è suscettibile di incidere negativamente sull'attività di pianificazione urbanistica nel suo complesso. L'attività di programmazione interviene su di un corpo vivo, su di un assetto edilizio in perenne trasformazione, il cui sviluppo si cerca di governare razionalmente», così A. CORTESI, *I termini del dibattito,* op.cit.

48 Ragionando sulla mancanza di una definizione legislativa di provvedimento amministrativo, parte della dottrina ne sostiene la pratica irrilevanza, osservando che anche nel Codice del processo amministrativo si è mantenuta una impostazione "attocentrica", in cui, cioè, "campeggia" l'atto amministrativo; e, ciò, anche se oggi la funzione della tutela processuale non è più il controllo oggettivo della legittimità dell'atto impugnato, come era una volta, ma bensì l'attuazione della tutela spettante agli interessi legittimi dei cittadini. Questo spiegherebbe perché, nonostante il recente ampliamento dell'orizzonte con la introduzione, anche nel processo amministrativo, di numerose e diverse azioni di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo continua ad essere "la regina delle azioni", e la sua centralità passa attraverso l'idea, intramontabile, che la tutela piena e satisfattiva dell'interesse del cittadino possa avvenire solo attraverso la eliminazione dell'atto precettivo, anche se non si esaurisce in questo. Sul punto si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 2.

49 V. SCIARABBA, sub art. 36, in R. Ferrara e G.F. Ferrari (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell'edilizia*, Padova, 2010, p. 393 ss., osserva che l'aver intitolato l'art. 36 TU edilizia "accertamento di conformità" piuttosto che "permesso di costruire in sanatoria" vale forse ad evidenziare l'ottica e il

del provvedimento amministrativo, ben più complesso e dibattuto è tale inquadramento dal punto di vista dogmatico.

A differenza del permesso di costruire (art. 12 TU edil.) - che, per opinione condivisa, al di là del *nomen iuris* è ritenuto fondamentalmente un provvedimento autorizzativo di natura vincolata, la cui funzione essenziale è di mero controllo di legittimità del progetto dell'opera che si vuole realizzare, senza quindi alcun carattere conformativo della proprietà (art. 14 TU edil)[50] - sull'inquadramento dogmatico dei titoli in sanatoria, ed in particolare dell'accertamento di conformità edilizia, non sembra registrarsi la medesima uniformità di vedute.

Bisogna allora partire dalla *funzione specifica* che sottende la norma in disamina e dall'*interesse pubblico* perseguito con l'attività sanzionatoria in materia edilizia.

Non si può negare che un ostacolo a prima vista insormontabile all'inclusione *dell'accertamento di conformità* nell'alveo degli atti di natura discrezionale o tecnico-discrezionale (come nella prospettazione sostenuta dal TAR Lazio nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale), è costituito dalla disposizione, chiara ed incontrovertibile, contenuta nell'art. 36 TU edil.: affinché l'opera possa essere sanata, con riconoscimento dello *stato legittimo*, l'intervento deve risultare conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente *sia* al momento della realizzazione dello stesso *sia* al momento della presentazione della domanda[51]. Per il che, come già evidenziato (A. Travi), ogni altra interpretazione risulta contraria al *principio di legalità formale*, e qualunque altro interesse, sebbene di pari grado costituzionale, come quello al *buon andamento* della p.a.[52], deve ritenersi recessivo. Detto altrimenti, una lettura strettamente testuale dell'articolato normativo porta a

---

valore dominante che caratterizza gli istituti in esame, al di là della loro immediata *facies* di clemenza nei confronti dell'attività edilizia abusiva.

50 Attraverso il permesso di costruire il cittadino, previa verifica della conformità del progetto di edificazione alle previsioni urbanistico-edilizie da parte dell'amministrazione, può realizzare l'opera Sull'argomento si rinvia a S. CIVITARESE, P.URBANI, *Diritto urbanistico*, *op.cit*., p. 340. Trattasi, in realtà, di una figura affine ma distinta da quella della concessione amministrativa in quanto, a differenza della prima, «(…) la concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie alla funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza», *Corte Cost. 30.01.1980 n. 5* .

51 A proposito di tale disposizione normativa (medesima anche nell'art. 13 della l. n. 47/1985) è stato affermato, molto plasticamente, che tale sintagma è stato da quella norma in qualche modo "sequestrato" « per riferirlo alla fattispecie della sanatoria con effetti oblativi dell'illecito penale, in vista dei quali è stato aggiunto - al paradigma noto della sanatoria odierna - il requisito della doppia conformità», così B. GRAZIOSI, *Attualità della questione,* op. cit., p.53.

52 Come si è accennato, la sanatoria c.d. giurisprudenziale, introdotta dalle regioni dopo la legge 47/1985 (che all'art. 13 contemplava la fattispecie poi riproposta nell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2000) si fonda proprio su una interpretazione del sistema giuridico guidata dal *principio di buon andamento*.

ritenere che l'attività amministrativa di accertamento della conformità edilizia, non possa che essere vincolata.

Le dissonanze tuttavia non mancano, e non sono neppure risibili come si potrebbe pensare. Anche perché l'aura di "esaustività" che si pretende di conferire all'art. 36 TU edil. non risulta affatto dall'ordinamento giuridico, né esplicitamente né tanto meno implicitamente[53].

Inoltre va detto che, per uniforme e consolidata giurisprudenza, l'*accertamento di conformità* di cui all'art. 36 TU edilizia - quale *species* del più ampio *genus* dei permessi edilizi in sanatoria[54] - non compendia una attività provvedimentale in senso proprio con funzione di autorizzare un *facere*[55], dal momento che l'amministrazione non è chiamata a far salvo un proprio atto illegittimo[56] ma, piuttosto, a regolarizzare un "fatto", ovvero un'opera costruita *sine titulo*. Si può allora ritenerla più correttamente come un'attività di verifica cartolare di natura tecnico-certificativa di un *fatto* (l'accertamento di conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia) che, sebbene non qualificabile in termini di discrezionalità amministrativa "pura", è comunque un tipico atto di giudizio.

La *natura complessa* della valutazione tecnica svolta dall'amministrazione nella ipotesi disciplinata dall'art. 36 TU edil.[57] (riguardando la verifica della conformità dell'opera già realizzata agli strumenti urbanistici) e l'*opinabilità*[58]del relativo giudizio, confermano infatti la

53 E' stato osservato che se l'aver positivizzato, con l'art. 36, l'istituto della sanatoria edilizia ha il merito di aver posto la questione del valore giuridico della *legificazione* di una fattispecie che in precedenza era concordemente rimessa ai principi generali dell'azione amministrativa, l'opzione rigorista abbracciata dalla più parte, sembra restare tuttavia aprioristica se non sostanzialmente metagiuridica, attesa l'ampia latitudine del *principio di legalità*, che può essere soddisfatto anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale, tra cui il combinato disposto dei vari principi della materia, cfr. B. GRAZIOSI, *Attualità della questione dei titoli edilizi postumi*, op.cit.

54 Non sembra causale, a chi scrive, il fatto che il legislatore abbia scelto di intitolare "accertamento di conformità" la disposizione dell'art-. 36 T.U. edil. piuttosto che "permesso in sanatoria"; quasi, cioè, ad evidenziare l'essenza semantica che caratterizza questo istituto.

55 Per una breve panoramica sulle autorizzazioni, cfr R. GAROFALI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Lavis (TN), 2023-2024, p. 891 e ss.

56 Come lo è l'istituto della sanatoria nella disciplina del diritto amministrativo, R. GAROFALI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo,* op.cit., p. 828 e ss.

57 In questo caso trattasi indubbiamente di valutazione tecnica complessa, riguardando l'art. 36 TU edil. la verifica della conformità dell'opera già realizzata agli strumenti urbanistici. Sulla distinzione tra valutazioni tecniche semplici e valutazioni tecniche complesse si rinvia a A. TRAVI, *Nota a Cons. St., IV, 9 aprile 1999 n. 601*.

Sulla stessa sentenza si segnala altresì: D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e limiti del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.,* 1999, p. 1179; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* in *Dir. proc. ammin*. 2000, p. 182; *ibidem,* P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*.

58 Sulla differenza tra opportunità (discrezionalità amministrativa) e opinabilità (discrezionalità tecnica) si rinvia a F.G. SCOCA, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità,* in *www.federalismi.it*, 22/2023; S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, op.cit.

non assoluta vincolatezza dell'attività amministrativa (come sostenuto nella nell'ordinanza di rimessione dei giudici capitolini)[59].

Inoltre (come ancora nell'ordinanza sottolineato), in caso di silenzio dell'amministrazione, al giudice è oltremodo impedito di sostituirsi a quest'ultima e di pronunciarsi per la prima volta sull'istanza di sanatoria del privato, se non violando il principio di separazione dei poteri (art. 34 co. 2 e 31 co. 3 c.p.a.). Tali considerazioni sembrano corroborare, ulteriormente, la tesi per cui il silenzio dell'amministrazione previsto dal co. 3 dell'art. 36 non possa qualificarsi come silenzio-rigetto.

Si ritiene, infatti, che se il potere svolto dall'amministrazione non è di natura provvedimentale, trattandosi piuttosto di *verifica* di un "fatto", il silenzio serbato in questo caso dalla P.A. non possa essere considerato alla stregua di una *fictio iuris* ma, semmai, solo come un comportamento inerte, ovvero inadempiente[60]. Unica garanzia di giustizia rimarrebbe allora, l'impugnazione avverso un silenzio c.d. *inadempimento*. Da qui il nostro *favor* per la tesi della natura discrezionale, seppure di carattere tecnico, dell'attività di accertamento svolta dalla p.a. ai sensi dell'art. art. 36 T.U. edil.

3. Il silenzio rigetto nell'art. 36 TU edil. e le criticità della disposizione.

La *ratio* della previsione contenuto nella formula normativa dell'art. 36 co.3 - ovvero del silenzio della P.A., in termini di valore legale di diniego della proposta istanza e non, invece, come mera inerzia (e, quindi silenzio-inadempimento)[61] - trova diverse giustificazione: in

59 Per quanto, come affermato da autorevole dottrina, «non è l'elemento della discrezionalità che può da solo decidere della natura di un atto», così F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* 3, Padova, 1914, p. 1229 riportato da V. BRIGANTE, *Accertamento di conformità:* op. cit.

60 Ai sensi dell'art. 7 c.p.a. «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (…)».

61 Si evidenzia l'orientamento consolidato, sia della giurisprudenza costituzionale (*Corte Cost. n. 232*/2017, ed ora confermato anche dalla sentenza *n. 42/2013*) sia di quella amministrativa (*Cons. St., IV 01.02.2017 n. 410*, idem, *VI 06.06.2018 n.* 3417) nel ribadire che il silenzio dell'Amministrazione sulla richiesta di concessione edilizia in sanatoria e sulla istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 D. P. R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia) ha un "valore legale tipico di rigetto" e cioè costituisce una ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli "effetti" di un provvedimento esplicito di diniego; con la conseguenza che alla PA, per coerenza sistematica, residuerebbero esclusivamente poteri di autotutela. A questo proposito si potrebbe però obiettare che, attesa la tendenza della prevalente giurisprudenza a ritenere la "non consumazione" del potere da parte della PA nel caso del silenzio-rigetto ex art. 36 TUE, sarebbe più corretto qualificare lo stesso come un "mero fatto giuridicamente rilevante". In dottrina M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 972; A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità*. (*Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746*), in *www.giustiziainsieme.it*, 06.10.2022.

primo luogo il carattere doveroso dell'attività repressiva dell'abuso edilizio a difesa del corretto assetto del territorio (art. 27 e 31 TU edil); in secondo luogo la necessità di coordinare i tempi del procedimento amministrativo di sanatoria con i tempi del procedimento penale (art. 45 TU edil); infine l'esigenza di una sollecita tutela giurisdizionale dell'interesse del privato.

1. Circa l'assunta *doverosità* della attività repressiva in materia di abusi edilizi a difesa del corretto assetto del territorio, si osserva sommessamente come, dal punto di vista sistematico, i piani di osservazione vadano tenuti nettamente distinti.

L'attività "di accertamento" della conformità edilizia svolta dall'ente pubblico ai sensi del co. 3 dell'art. 36 TU edil. è attività di *amministrazione attiva,* atteso il carattere essenzialmente ripristinatorio della mera regolarità procedimentale. Non va dimenticato, infatti, che nella materia urbanistico-edilizia, l'attività sanzionatoria è funzionale al *ripristino dell'ordinato assetto del territorio* il quale, evidentemente, non potrebbe neppure ipoteticamente essere pregiudicato da un abuso meramente formale. Tale potere sanzionatorio non riveste, cioè, il carattere afflittivo proprio dell'azione penale, derivando l'effetto sanante, in questo caso, dal primato della pianificazione urbanistica precettiva rispetto alla funzione di controllo repressivo[62].

Questo significa che non viene qui in rilievo un'attività di autorizzazione *ex post* di un'opera costruita *contra ius* (come nel caso dei condoni edilizi) ma, invece, un potere di "repressione" che va ricondotto e sottoposto al limite, naturale e teleologico che gli è proprio, che è quello della attuazione della pianificazione urbanistica[63].

Letta la norma in questo senso, si giustifica una sanzione non necessariamente restitutoria, laddove lo stato di fatto, all'esito della verifica, risultasse non confliggere con l'ordinamento giuridico[64]. E' evidente, allora, che l'interesse pubblico presidiato dalla tutela reale (demolizione) non può essere, nell'ipotesi dell'art. 36, quello di punire la contrarietà a precetti dell'ordinamento che tuttavia non trovano più giustificazione pratica nella realtà, risultando la funzione di deterrenza, che connota la sanzione penale, chiaramente eccedente nell'ottica amministrativistica[65].

---

62 Effetto sanante che, si ribadisce, nell'*accertamento di conformità* edilizia pertiene al "fatto" e non al titolo, con la conseguente preclusione del potere sanzionatorio della P.A.

63 A. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche*, Milano, 1987.

64 P. *CERBO, Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di *Cassese*), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II.

65 La dottrina parla di "assillo" dei giudici - costituzionali ed amministrativi – nel voler rimarcare «la necessità/imprescindibilità di un rigoroso regime sanzionatorio degli abusi edilizi che si teme vanificato dalla "sanabilità». Regime che, considerando la *sanatoria ordinaria* una "costola" del *condono*, impone la competenza legislativa statale oltre che per i profili penalistici, anche quelli relativi all' *an* e al *quantum* della sanzione, con esautorazione di ogni prerogativa regionale in merito a sanatorie, per il solo territorio regionale, diverse da quella legiferata a livello nazionale, in questo senso. Sul punto B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, *op.cit.*, p.53, in particolare nota 27 .

Chi scrive non può certo ignorare la posizione di chi sostiene che l'amministrazione non sia tenuta a valutare la conformità sostanziale dell'immobile al regime urbanistico dell'area, trovando tale assunto effettivamente conforto proprio nelle disposizioni contenute nel testo unico edilizia. Tuttavia deve rilevarsi che, se la legge da un altro impone al Comune di reprimere l'abuso senza alcuna valutazione circa la sanabilità dell'opera abusivamente realizzata (artt. 27 e 32), dall'altro rimette all' iniziativa del privato l'attivazione del procedimento di sanatoria per accertamento di conformità (art. 36).

Ad ogni buon conto questo costrutto sembra non rispondere più ai nuovi canoni dell'azione amministrativa inaugurati dal recente d.l. 76/2020. Mi riferisco, in particolare, all'art. 1 co. 2*bis* secondo il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione devono essere improntati ai principi di collaborazione e buona fede; all'art. 2 co. 8 *bis* sulla inefficacia degli atti amministrativi tardivi e, ancora, al nuovo art. 10 *bis* con il quale è stato introdotto il c.d. *one shot procedimentale* "secco"[66], cui si farà pure cenno.

Tali ragioni portano qui a non condividere la tesi per cui la previsione contenuta nell'art. 36 co. 3 (silenzio-rigetto) risponderebbe alla necessità di "difesa" del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per la P.A.[67];

66 Il secondo decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020) ha inserito all'art. 10 *bis* della legge 241/1990, relativo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, l'obbligo di esplicitare «nella motivazione del provvedimento finale di diniego (...) i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni», e stabilisce che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». Questo obbligo è però contemplato dalla norma limitatamente ai procedimenti ad iniziativa di parte, mentre forse sarebbe stato più efficace estendere lo stesso anche ai procedimenti d'ufficio. L'intervento legislativo risponde al problema della riedizione del potere da parte della p.a. dopo l'annullamento del suo provvedimento da parte del giudice amministrativo. Infatti, non potendo detto giudice, in forza del principio della separazione dei poteri, adottare il provvedimento amministrativo richiesto dal ricorrente, quest'ultimo, dopo aver ottenuto una sentenza favorevole, era spesso costretto a richiedere nuovamente, alla stessa amministrazione, l'adozione del provvedimento favorevole. Sennonché, dal momento che la P.A., nel rinnovare l'esercizio del potere, è condizionata solo dall'effetto conformativo della sentenza sfavorevole (ovvero, con preclusione esclusivamente della adozione di adottare un nuovo provvedimento fondato sui medesimi presupposti già giudicati illegittimi) accadeva che stessa adottasse nuovamente il provvedimento di diniego, fondandolo, però, su altri presupposti. Il cittadino era quindi costretto a rivolgersi nuovamente al giudice, innescandosi così una defatigante alternanza tra procedimento e processo con dispendio di tempo e di risorse pubbliche e private. A fermare questo paradosso e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (intesa come capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale) era quindi intervenuta la giurisprudenza amministrativa affermando il c.d. principio di "*one shot* temperato", principio che obbligava quindi la p.a., in fase di adozione del nuovo provvedimento dopo l' annullamento giudiziale del proprio atto, a riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando definitivamente tutte le questioni ritenute rilevanti, senza potere in seguito, dopo il secondo provvedimento, tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (*Cons. St., V del 13.9.2018 n.5371*).

67 Conclusione alla quale aderisce anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 42/2023.

risultando l'accezione usata, "difesa", fuorviante rispetto alla funzione precipua della materia edilizia, che è funzione di attuazione della pianificazione urbanistica[68]. Soprattutto, si ribadisce, questo striderebbe rispetto alla diversa e più grave previsione della disciplina sul *condono edilizio* in cui, invece, vige la regola del silenzio-assenso; né sul piano strettamente giuridico oltre che pratico, può trovare giustificazione il fatto che tale misura sia "eccezionale" e "limitata" nel tempo, stante comunque la lesione dell'interesse all'ordinato assetto del territorio[69] .

D'altra parte alcun vantaggio trarrebbe, di fatto, la collettività, dalla demolizione di un manufatto realizzato in maniera assolutamente conforme alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti al momento della domanda del permesso di costruire (sebbene postumo) ma non conforme ai canoni sanciti dall'art. 36 (doppia conformità). Anzi. Ciò rappresenta di fatto un doppio costo per la collettività: abbattimento e ricostruzione secondo il medesimo progetto tecnico (!).

Se non può negarsi che, allo stato attuale, la violazione della *doppia conformità* è un comportamento sanzionabile in quanto contrario ad una norma espressa, la pena, per non essere esorbitante, dovrebbe essere comunque di altro tipo, magari esclusivamente pecuniaria, modulata oltretutto in base al grado di responsabilità soggettiva, se solo si considera il fatto che spesso chi deve rispondere dell'illecito non ne è neppure l'autore (come avviene nel caso di acquisto del manufatto abusivo per usucapione o per eredità).

Resta tuttavia il dato incontrovertibile e difficilmente sormontabile allo stato dell'attuale quadro normativo: l'accertamento di conformità edilizia, come positivizzato nell'art. 36 TU edil. ha di fatto "sequestrato" ogni diversa e più razionale regolazione della sanatoria edilizia ordinaria[70].

2. Quanto alla seconda ragione, ovvero in merito al necessario coordinamento dei tempi (certi) di definizione del procedimento amministrativo (co. 3 dell'art. 36 TU edil.[71]) con quelli relativi alla azione penale (art. 45 del TU edil.[72]), si sostiene che ciò sarebbe imposto dal fatto che il processo penale non può arrestarsi *sine die*.

---

68 Da ultimo P. URBANI, *Istituzioni, economia e territorio*, Torino 2020; E. BOSCOLO, *L'evoluzione della funzione della pianificazione*, Torino 2017; P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*. In *www.federalismi,.it 2019;* P. AMOROSINO, *IL finanziamento e le dotazioni urbanizzative nei programmi di rinnovamento urbano,* in *Riv. giur. urban.* n. 6-2013

69 Ma la *Corte Costituzionale n. 232/2017* ha affermato che sia l'accertamento di conformità, sia il condono edilizio, rappresentano entrambi deroghe al sistema del rilascio dei titoli edilizi.

70 B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, op.cit., p.53.

71 Per cui decorsi sessanta giorni senza che l'amministrazione si sia pronunciata sulla richiesta di sanatoria edilizia del privato sulla stessa si intende formato il silenzio - rifiuto.

72 Il quale stabilisce, al comma 1, che l'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimanga sospesa finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria (*C. Cass. III, n. 17954 del 26/2/2008).*

Il tema qui si intreccia con quello, attualissimo ed ancora aperto, della inesauribilità (o consumazione) del potere amministrativo, per cui il decorso del termine fissato dall'art. 36 lascia impregiudicata la possibilità, per la pubblica amministrazione - sempreché, ovviamente, sussistano tutti i presupposti di legge - di sanare la fattispecie edilizia anche oltre i sessanta giorni previsti dalla norma; tale potere di autodeterminazione tardiva non essendo escluso da alcuna previsione normativa[73]. A questo proposito la Corte di Cassazione, in un recente arresto, ha chiarito che, ai fini dell'azione penale, è irrilevante l'eventuale prosecuzione dell'*iter* amministrativo relativo alla sanatoria[74].

Ci si chiede, a questo punto, se sia davvero possibile giustificare la validità di un meccanismo qual è, in materia edilizia, quello del silenzio-rifiuto tanto controverso, solo per ragioni di ordine sistematico, ovvero per garantire formalmente il coordinamento con l'azione penale. L'argomento, per il vero, appare assai debole e le soluzioni dovrebbero essere altre, come, ad esempio, introdurre finalmente la *perentorietà* di tutti i termini di azione della p.a. Ma questo comporta un radicale cambiamento di rotta nel modo di operare dell'amministrazione e l'applicazione, in termini reali, di quel canone di "efficienza" che la letteratura giuridica ha preso in prestito dalla scienza economica sin dal secondo dopoguerra e che è poi stato giuridificato nell'art. 1 della legge n. 241/1990[75]. Inoltre, dal punto di vista degli effetti diretti, la presentazione dell'istanza di sanatoria ordinaria non determina alcuna inefficacia sopravvenuta o invalidità di sorta della ingiunzione di demolizione nel frattempo eventualmente intervenuta, dal momento che l'esecuzione della sanzione è solo temporaneamente sospesa[76].

La vera problematica che il tema introduce è, piuttosto, quella della inesauribilità (o consumazione) del potere della pubblica amministrazione in caso di silenzio, cui si andrà ad accennare. Non si vede, poi, come possa in questo caso giovare al privato un simile regime (di silenzio-rigetto), tenendo conto anche del fatto che, come già osservato, il manufatto abusivo potrebbe essere entrato nel patrimonio immobiliare del soggetto per fatti diversi dalla diretta

---

73 *Cons. St. A.P., 17.10.2017 n. 8*.

74 *C. Cass. pen.16.03.2020 n.10083*. La sospensione del procedimento assume rilievo anche per quanto concerne il calcolo della prescrizione del reato. In dottrina, cfr. L. RAMACCI, *Il ristretto ambito di applicazione della sanatoria per "doppia conformità" di cui all'art. 36 d.p.r. 380/2001*, in *www.giustiziainsieme* 01.12.2022, Nota 9.

75 U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, I, p. 419 ss.; G. DELLA CANANEA, *La lex fiscalis europea*, in *Quad. dir. cost.*, 2014, p.1 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in (a cura di) G. Della Cananea, M. Dugato, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 163 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016.

76 *Cons. Stato VI 05.12.2019 n. 8319;* idem *05.11.2018 n. 6233 nonché 06.06.2018, n. 3417.*

commissione di un abuso edilizio, ad esempio per successione, oppure per acquisizione giurisdizionale (per usucapione), ecc.

3 La terza ragione per cui nell'art. 36 TU edil. il silenzio è qualificato come rigetto si fonderebbe, invece, sulla garanzia di sollecita tutela giurisdizionale in favore dello stesso cittadino[77].

All'obiezione che, invece, questo sistema comporta la negazione di contraddittorio difensivo in fase procedimentale, la giustificazione che viene data è che il sistema di tutela è *traslato* nella fase processuale, non determinando perciò alcun pregiudizio per il cittadino[78].

L'assunto non convince, soprattutto alla luce del quadro giuridico quale attualmente si va delineando, anche grazie ai recenti interventi legislativi, non solo nazionali.

Se non è in dubbio che la definizione *ex lege* dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, in particolare nella materia edilizia, è finalizzata al rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione, di leale collaborazione, di solidarietà nonché per la sicurezza della circolazione dei beni immobili e dell'accesso al credito (e quindi, sostanzialmente, per la ripersa economica[79]), viene da chiedersi se il meccanismo processuale prefigurato dall'art. 36 TU edil. risponda effettivamente a tutte le suddette esigenze[80]. E, ciò, avendo ben chiaro il presupposto di partenza: ovvero l'abuso sanabile contemplato dall'art. 36, è un abuso meramente *formale*[81] quindi, privo di danno urbanistico.

---

77 La sentenza a questo proposito richiama *Cons. St., IV, 2.10.2017 n. 4774* oltre a *C.Cass. pen. III, 21.11.2019, 16.03.2020 n. 100083* ecc.

78 Proprio nella sentenza *della Corte Cost. n. 42/2023* al punto 3.1.3. si legge: «con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale» e che quindi «Ne deriva, infatti, che il privato con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo piuttosto dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (*Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 19 novembre 2018 n. 6506*), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità».

79 E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazione nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv.giur.urb*. 2022 p. 185-188; *M.A. SANDULLI, Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?* in *Il Processo* n. 1-2022.

80 M.A.SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino*, op. cit.

81 L'istituto dell'accertamento di conformità è stato disciplinato per la prima dalla legge 28.02.1985 n. 47 (art. 13) che ha ripreso, ampliandone la portata, la previsione già contenuta nella legge 28.01.1977 n. 10. L'art. 13 legge n. 47/1985 veniva interpretato nel senso che la presentazione della domanda di accertamento di conformità non solo impedisse l'esecuzione dell'ingiunzione, imponendo al Comune il previo esame della domanda di sanatoria, ma implicasse anche la necessità, in caso di rigetto, dell'adozione di una nuova misura demolitoria (*Cons. St., VI, 12.11.2008 n. 5646; Cons. St.,IV, 12.05.2010 n. 2844*). Oggi, invece, la giurisprudenza tiene distinte le conseguenze giuridiche della presentazione delle domande di *condono* da quelle di *accertamento di conformità* in cui alla istanza **di sanatoria si riconosce il solo effetto di impedire temporaneamente che la misura repressiva venga portata ad esecuzione. La definizione del procedimento in senso sfavorevole, con provvedimento espresso o per silenzio, determinerà la "riespansione" dell'originario ordine di demolizione che riacquisterà**

Il tema dei termini di conclusione del procedimento nel diritto amministrativo è d'altra parte strettamente legato a quello dell'esercizio del potere della P.A., ed assume contorni problematici di *mala gestio* nel momento in cui la funzione amministrativa attuata, come spesso avviene "a rate" , finisce per determinare una situazione di grave incertezza nei rapporti giuridici tra cittadino e amministrazione[82].

L'intenso dibattito registrato negli ultimi anni sul tema della inesauribilità (o non consumazione) del potere dell'amministrazione è frutto di una rinnovata visione della relazione tra il cittadino e la P.A. improntati oggi più che mai, con la consacrazione nel nuovo co. 2*bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990, ai principi di collaborazione e buona fede[83].

---

efficacia senza necessità di ricorrere all'adozione di ulteriori provvedimenti. Tale posizione è da ritenersi maggiormente coerente con il *principio di certezza* delle situazioni giuridiche che subirebbe un *vulnus* qualora si riconoscesse al privato sanzionato la possibilità, mediante la semplice reiterazione di istanze di sanatoria, di precludere il dispiegamento degli effetti propri della misura impugnata innescando «*un procedimento ritorsivo senza fine, perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare (senza limitazioni di alcun genere) la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento*» (*Cons. Stato, VI, 16.2021 n. 1432*).

82 A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Diritto amm.*, 2023 pag. 29 e segg. il quale sottolinea l'urgenza del problema e la necessità che lo stesso sia assunto nell'ambito dell'agenda politica e che si agisca in concreto sulle pubbliche amministrazioni e sul loro *modus operandi*. Ciò nella consapevolezza che, tuttavia la questione non sia affatto risolvibile unicamente a livello giuridico. «Se il diritto può certamente fare qualcosa per evitare la disfunzione segnalata nel testo, non può però mancare un incisivo cambiamento delle pubbliche amministrazioni, della cultura organizzativa e gestionale, del modo in cui vengono svolti i processi produttivi che portano all'output finale, sia esso un atto giuridico, come nel caso in esame», così a Nota 8. Sempre a questo proposito, non possiamo qui non rammentare il parere *dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 21.11.1991 n. 141* nel quale si evidenziava come la lunghezza dei tempi amministrativi costituisce certamente un costo che incide direttamente sulla libertà di iniziativa privata ai sensi dell'art. 41 Cost. Più di recente, sempre l' *A.P. del Consiglio di Stato, con l'arresto del 4.05.2018 n. 5* ha rilevato come "il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione". Sulla questione dei "costi" della partecipazione a carico del privato si rinvia, invece, al fondamentale saggio di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 133 ss.; Id, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2022, pp. 333-364. Ma anche A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A.*, *op.cit.*, il quale sottolinea che «Se la partecipazione è certamente un istituto meritorio, tuttavia il prendere parte ha un costo, richiede tempo, presuppone che il soggetto che partecipa sia culturalmente attrezzato, dotato cioè di quel minimo di cultura giuridica ed anche non giuridica che gli consenta di entrare nel rapporto partecipativo con deduzioni non solo pertinenti, ma anche rilevanti, o che, se non culturalmente attrezzato, possa ricorrere ad altre figure professionali, che lo assistano e la cui assistenza ha parimenti un costo talora anche significativo».

83 Comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020.

Il lento ma costante mutamento dei tratti identificativi dell'interesse legittimo[84] ha portato a valorizzare particolarmente il ruolo del cittadino al quale, attraverso la partecipazione procedimentale, è riconosciuta la facoltà (o meglio, come si vedrà, l'onere) di condizionare il potere dell'amministrazione al soddisfacimento del proprio bene della vita, con effetti innegabili sul dogma della unilateralità ed inesauribilità di quel potere, mettendone in crisi l'attualità[85] .

Questa inclinazione a concepire il procedimento amministrativo come sottoposto a tempi che siano davvero "certi"[86], costituisce il più recente e più generale approdo applicativo del *principio di doverosità* dell'azione amministrativa, scandito dall'art. 2 della legge 241/1990[87] oltre che del *principio dell'affidamento* (di matrice comunitaria), per cui il rapporto amministrativo, così ripensato, per quanto ancora *asimmetrico*[88], non appare più rigidamente gerarchizzato, emancipando così il privato dal suo classico ruolo di sudditanza al potere[89].

---

84 *Interesse legittimo* inteso ora come situazione giuridica soggettiva attiva che *dialoga* con il potere attraverso i canali del procedimento amministrativo, luogo di "democratizzazione del potere" stesso e riconducibile ai principi del *fair trial* (ex art. 6 e 7 CEDU) e del c.d. *statuto della "buona amministrazione"* (definito dagli artt. 41,42 e 47 Carta di Nizza e all'art. 97 Cost.). Sul punto sia consentito rinviare a M. DIFINO, *Discrezionalità amministrativa-autonomia privata, autorità-consenso, potere-rapporto: diadi a confronto*, in *www.federalismi.it,* n. 26/2020 e alla ampia bibliografia ivi segnalata.

85 Infatti l'evoluzione del modo di concepire il rapporto tra P.A. e cittadino non solo ha condotto al riconoscimento di maggiori tutele processuali (principio di atipicità e pluralità delle azioni, oggi accolto dal c.p.a.), ma ha modificato, ancor prima, l'assetto di diritto sostanziale, attraverso la previsione di sanzioni e limiti nei confronti della parte pubblica. Trattasi, generalmente, di sanzioni comportamentali, che incidono, cioè, sul piano della responsabilità, sebbene la tendenza, in atto sia quella di riconoscere la sanzione "attizia" della consumazione del potere, che si traduce in illegittimità del provvedimento amministrativo, *sub specie* di annullabilità per violazione di termini decadenziali o, secondo altri, di nullità per difetto assoluto di attribuzione. Sul tema della partecipazione del cittadino "ai procedimenti amministrativi" sia consentito rinviare a M. DIFINO, *Il diritto di essere ascoltato nei procedimenti amministrativi sanzionatori ex art. 18 l. 689/1981: un cambio di rotta non più rinviabile*, in www.ambientediritto, 2020 .

86 Naturale corollario, questo, del diritto di difesa, di buon andamento e imparzialità della P.A. e di effettività della tutela.

87 L'art. 2 della legge 241/1990 ha codificato, in termini generali, il *principio di doverosità* dell'azione amministrativa che si traduce nell'obbligo di provvedere entro il termine (residuale), ivi previsto, di trenta giorni; e la cui violazione è oggi sanzionata dall'art. 2 bis della medesima legge (introdotto dalla L. 69/2009) che contempla la responsabilità della P.A. per danno c.d. "da ritardo".

88 Infatti solo la P.A. può incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui.

89 Prima della riforma rivoluzionaria della legge 241/1990, vero momento di rottura col passato, il dogma della inesauribilità del potere di provvedere era giustificato dalla rilevanza superindividuale degli interessi che l'azione amministrativa mira a soddisfare, rispetto a quelli egoistici e chiusi del privato. D'altronde, in assenza di un parametro normativo cui far riferimento per valutare la tardività o meno dell'agire amministrativo, era arduo predicare la sottoposizione del potere amministrativo a limiti temporali.

E' chiaro che in questa sua nuova veste il rapporto amministrativo ha inciso sulla valutazione del *bene "tempo"* ormai riconosciuto a livello normativo, non solo interno[90] e, conseguentemente, sulla *consumazione del potere* della p.a., oltre che sugli effetti che ne derivano a seguito della *riedizione* dello stesso.

Posto che nel nostro ordinamento non è codificata una regola che sancisca in modo chiaro ed esplicito l'esaurimento (consumazione) del potere amministrativo, tale effetto preclusivo viene ricavato, nel pensiero della dottrina, attraverso percorsi diversi. Secondo una certa visione la consumazione del potere della p.a. sarebbe da ricondurre al divieto del *ne bis in idem* espresso dalla norma che, in questo caso, sarebbe l'art. 3 della legge 241/1990[91]; secondo altra

90 Oltre alla legge 241/1990 che ha positivizzato la *doverosità* dell'azione amministrativa con gli articoli 2 e 2bis, anche la Costituzione riconosce rilevanza al fattore temporale, riconducendo la tempestività dell'azione amministra nell'alveo dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117 co. 2, lett. m, Cost.). A livello sovranazionali, invece, ricordiamo che la codificazione del termine "ragionevole" entro cui le istituzioni e gli organi dell'unione devono trattare le questioni dell'individuo, è sancito dall'art. 41 della Carta Fondamentale dell'Unione Europea.

91 Questa posizione è espressa da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Edizione scientifica, 2018, il quale sostiene che, alla luce dell'art. 3 della legge n. 241/1990, dovendo il provvedimento amministrativo contenere nella motivazione i presupposti e le ragioni di fatto e di diritto sui quali si fonda la scelta della P.A., la norma va intesa in senso ampio e complessivo: ovvero che i presupposti e le ragioni cui si riferisce la stessa sono non soltanto quelli sufficienti a giustificarla, ma anche quelli eventualmente concorrenti. Da questo deriva l'onere della P.A. di acclarare tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere a pena di preclusione rispetto al suo esercizio (pag. 229). A questo proposito si segnala una interessante e recente decisione dei giudici di Palazzo Spada i quali, seppure in tema di provvedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti, hanno affermato che se certamente la perentorietà dei termini deve essere prevista dalla legge, per "legge" non deve intendersi (solo) la disposizione, bensì la norma, come sintesi di enunciato linguistico e attività interpretativi. In altri termini deve essere riconosciuta all'interprete la facoltà di dedurre la perentorietà dei termini da indici diversi rispetto all'espressa previsione letterale. Inoltre, è stato altresì affermata la non applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al rapporto amministrativo di diritto sostanziale, evidenziando il fatto che l'art. 2964 c.c. rimette ai singoli ordinamenti settoriali la determinazione dei casi di prescrizione e di quelli di decadenza. Stessa posizione in merito alla applicazione dell'art. 152 c.p.c. al rapporto amministrativo sostanziale è sostenuta in dottrina da, M. CLARICH, *Termine del procedimento amministrativo*, Torino, 1995 il quale dubita della correttezza dell'estensione dell'art. 152 c.p.c. a fattispecie di diritto sostanziale come quella dell'esercizio del potere amministrativo in quanto "nell'ambito dei rapporti sostanziali, il termine ha funzione di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione nell'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti, a tutela di un interesse pubblico o privato, dovuta al fatto che a un soggetto è attribuito il potere di incidere in modo unilaterale nella sfera giuridica altrui modificando così il confine tra le rispettive sfere giuridiche; oppure la funzione di adeguare lo stato di diritto ad uno stato di fatto allo scopo, anche qui, di segnare nuovi confini tra le sfere giuridiche dei soggetti del rapporto. In siffatto contesto non c'è spazio per i termini di tipo ordinatorio, intesi come termini il cui decorso non comporta l'estinzione del potere" .

visione, invece, sarebbe meglio ricavarla da un *principio* esistente nel nostro ordinamento[92], da leggere in parte anche nel co. 2 dell'art. 97 Cost.[93].

E' appena il caso di ricordare qui che proprio per arginare il malcostume delle p.a., di lottizzare il proprio *agere* ai danni del cittadino e del sistema economico in generale, e dal momento che neppure il giudicato sembrerebbe idoneo a consumare il potere amministrativo[94], la giurisprudenza è ricorsa al modello c.d. *one shot* processuale temperato[95], in virtù del quale è precluso all'amministrazione di addurre, a ragione di un nuovo diniego, motivi che erano già desunti o erano comunque desumibili nel corso del giudizio[96]. Infatti, come affermato dalla giurisprudenza, "*l'amministrazione, a seguito di un annullamento di un proprio atto, anche a mezzo di pronuncia di natura cautelare, è tenuta a riesaminare l'affare nella sua interezza, con definitiva preclusione per l'avvenire di decisioni sfavorevoli per il privato, ancorché riguardanti aspetti o profili della questione non valutati in precedenza*" [97]. E' stato rilevato come detto

92 Critico nei confronti della tesi espressa da M. Trimarchi è A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A.*, op.cit., pag. 29 e segg. L'Autore, dopo aver rilevato le criticità della ricostruzione che sostiene il fondamento della esauribilità del potere della p.a. in una regola (norma) - per l'esame delle si rinvia al testo del saggio - afferma che è meglio ragionare in termini di principio di esauribilità del potere piuttosto che di regola: «forse è meglio muoversi nella direzione di affermare l'esistenza nel nostro sistema giuridico di un principio di esauribilità del potere, la cui applicazione va verificata di volta in volta (…)».

93 A. ZITO, *op.cit*., sostiene che «Altri elementi possono ricavarsi dall'art. 97 Cost. nella parte (comma 2) in cui si fa riferimento alla circostanza che gli uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge e dunque che le pubbliche amministrazioni sono soggetti organizzati. Ebbene, posto che l'organizzazione ha motivo di essere in quanto è in grado di aggiungere un *surplus* di capacità o, come direbbero gli studiosi di sociologia, di intelligenza collettiva, ciò consente di affermare che nello svolgimento dell'azione è implicito il principio della sua realizzazione in modo tale da esaurire, rispetto al caso concreto, l'azione stessa, perché, se così non fosse, verrebbe vanificata la ragion d'essere dell'organizzazione ». .

94 Infatti la *res iudicata* preclude solamente l'adozione di un provvedimento analogo, senza intaccare il potere amministrativo per aspetti che non siano già stati affrontati nel corso del giudizio.

95 A. ZITO, *op.cit*., il quale si domanda se la tesi del *one shot* costituisce esplicazione di un'attività pretoria o non si risolve invece in un fatto di pura normazione giurisprudenziale (M. Nigro 1976), espressione dunque di un creazionismo (P.L. Portaluri 2021), che, seppure meritorio, si colloca fuori dal sistema, ritenendo che invece, secondo lui, l'orientamento che predica ed applica il *one shot*, sia pure temperato, si collochi sulla linea di confine tra attività di creazione giurisprudenziale e attività pretoria e che, come sempre accade quando ci si muove in una situazione *borderline*, dove mancano linee di demarcazione nitide, il giudizio diventa difficilissimo.

96 Principio che obbliga quindi la p.a., in fase di adozione del nuovo provvedimento dopo l'annullamento giurisdizionale del proprio atto, a riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando definitivamente tutte le questioni ritenute rilevanti, senza potere in seguito, dopo il secondo provvedimento, tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (*Cons. St., V del 13.9.2018 n.5371*).

97 Le prime tracce del principio del *one shot* temperato si rinvengono in *Cons. St., V, 6.02. 1999, n. 134*, cui sono seguite molte altre pronunce. Di particolare interesse *Cons. St., VI, 25.02.2019, n. 1321* laddove

rimedio ha certamente ispirato la novella del 2020 che, questa volta nel procedimento amministrativo, con il nuovo art. 10 *bis* della legge 241/90 sembra aver adottato sostanzialmente il medesimo principio[98] denominato *one shot procedimentale secco*[99]. In sostanza, nei procedimenti ad istanza di parte, viene imposto all'amministrazione procedente di esternare tutte le possibili ipotesi di diniego che emergono dagli atti, trasformando le acquisizioni procedimentali in vincoli per l'*agere* amministrativo con conseguente consumazione del potere[100]. L'intento è quello di evitare la defaticante alternanza tra

---

afferma che la libertà di scelta dell'amministrazione si consuma anche a causa dell'insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino determinata da un comportamento reiteratamente capzioso ed equivoco tale da minare l'affidamento del privato sulla correttezza dell'esercizio del potere amministrativo. Da ultimo si segnala *Cons. St., III, 2.02.2021, n. 946*.

98 A. ZITO, *op.cit*., il quale sebbene evidenzi che la disposizione offra (o tenti di offrire) una base legislativa all'orientamento giurisprudenziale, tuttavia esprime dubbi sul fatto che vi sia coincidenza tra l'ambito di potenziale applicazione della teoria del *one shot* sia pure temperato e l'ambito di applicazione della nuova disposizione, affermando che vi sia ancora spazio per una riflessione dottrinale al riguardo (p. 7).

99 L'art. 10 *bis* della legge 241/1990, modificato dal secondo decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020) , relativamente alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, prevede l'obbligo per la p.a. di esplicitare «nella motivazione del provvedimento finale di diniego (...) i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni», e stabilisce che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». E' stato osservato che questo obbligo è però contemplato dalla norma limitatamente ai procedimenti ad iniziativa di parte, mentre forse sarebbe stato più efficace estendere lo stesso anche ai procedimenti d'ufficio. La dottrina ha rilevato, altresì, che il problema che si voleva affrontare (ossia la possibilità di un riesercizio del potere dopo l'annullamento giurisdizionale nuovamente negativo per il destinatario) è solo ridimensionato ma non risolto, perché alla p.a. "è inibita la possibilità di addurre motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, ma non anche di argomentare sulla base di motivi che all'epoca non erano emersi" con la conseguenza che "La consumazione del potere non si verifica, dunque, sempre alla luce di una interpretazione letterale, rispetto agli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento dell'originaria istruttoria, che da questa, tuttavia, non erano ricavabili" L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, in *Dir. Amm*., n. 3-2021, pp. 576. Sullo stesso tema si segnalano anche i contributi di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm*., n. 3- 2022, p. 595 ss. e di N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3- 2022, p. 11 ss.

100 L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, op.cit., sottolinea come nel nostro paese, difronte alla acclarata inadeguatezza del processo amministrativo a garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive «si è scelto di (raccogliere l'invito a) puntare sul retroterra concettuale del modello specie statunitense di *Administrative Justice».* A questo proposito la dottrina precisa altresì che negli negli Stati Uniti d'America il sindacato giurisdizionale è concepito soltanto come uno dei possibili mezzi per controllare la legittimità di quell'azione, mentre i problemi più rilevanti della *Administrative Justice* si pongono nel corso dell'azione amministrativa, così *M. D'ALBERTI, La giustizia amministrativa*, in G. Alpa-A. Schiesaro (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia,* Napoli, 2013, pp. 155-157.

procedimento e processo qualora l'amministrazione, a seguito della sentenza di annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato ex art. 10 *bis* l. 241/1990, persista nel negare il bene della vita con motivazioni sempre differenti[101].

Guardando alla struttura dell'art. 10 *bis,* in questa nuova versione la stessa si presenta indubbiamente complessa essendo stato positivizzato una sorta di principio di *bidirezionalità comunicativa* (interno-esterno) all'interno dello schema partecipativo tradizionale, di "visione" e "voce" (M. D'Alberti 2020), contenuto e disciplinato dall'art. 10 della l. n. 241 del 1990 (E. Frediani 2005) [102].

Il passaggio "*da un tipo di amministrazione ancora tradizionalmente "separata ed autoritaria" ad un'amministrazione di tipo nuovo, colloquiale e, dunque, "relazionale*" impone un vero e proprio "*cambio di paradigma*" nell'attività e nell'organizzazione di quest'ultima[103], ponendo a carico della p.a. un preciso onere procedimentale propedeutico all'adozione di ogni provvedimento reiettivo dell'istanza del privato[104]. E, ciò, allo scopo di consentire a quest'ultimo di dedurre

101 C'è tuttavia chi critica detta disposizione affermando che in tal modo vi sia una iperprotezione dell'interesse legittimo il quale conseguirà un bene non perché spetti ma solamente a seguito di un potere che si è consumato. Ciò in ragione del fatto che, nel caso di consumazione del potere ex art. 10 *bis* il giudizio non sarà sulla spettanza del bene della vita, ma direttamente sulla sua attribuzione.

102 M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, VI, 12.04.2023, n. 3672),* in *www.giustiziainsieme.it*, 07.06.2023. L'A. sottolinea come la norma voglia rafforzare le garanzie difensive del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, nell'ottica di realizzare due obiettivi principali: da un lato superare le asimmetrie dell'impianto della originaria legge n. 241 del 1990, realizzando e rafforzando il contraddittorio endoprocedimentale; dall'altro rendere la decisione amministrativa "*frutto di una dialettica tra le parti interessate*" (V. Cerulli Irelli 2005), attraverso un dialogo più pervasivo tra Amministrazione e cittadino "*contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità*" (S. Tarullo).

103 Così G. AZZARITI, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, p. 15 ss.

104 Ma in questa nuova formulazione l'art. 10*bis* prevede un onere partecipativo anche a carico del privato cittadino il quale dovrà partecipare per far emergere tutti i motivi per il rilascio, in suo favore, del provvedimento richiesto così da evitare che la P.A., sulla base dei motivi non emersi, dinieghi nuovamente l'istanza. Così A. ZITO, op.cit. il quale parla di interesse legittimo pretensivo "condizionato" quanto alla intensità della tutela. Sulla partecipazione procedimentale del privato come "piena disposizione del problema amministrativo, si rinvia a F. LEDDA, *Problema amministrativo*, op.cit. p. 133 ss.; Id. *Scritti giuridici,* Padova, Cedam, 2022, pp. 333-364. Sull'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale che, se spesa attraverso la partecipazione in fase procedimentale offre tutela anche nei confronti del merito amministrativo, cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 354. *Contra* L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 211 ss. Nello stesso senso oggi P. CHIRULLI, il quale osserva come i mutamenti in atto sull'interesse legittimo e sul processo amministrativo rischiano di trasformare il primo da interesse legittimo pretensivo a interesse legittimo oppositivo, rischiando di «appiattire il rapporto amministrativo su una dimensione bipolare, relegando a un ruolo secondario l'emersione di altri interessi pubblici e privati che pure sono affidati alle cure dell'amministrazione nei procedimenti a istanza di parte»; mentre il secondo in una lite tra privati, trasferendosi la tutela della legalità

tempestivamente eventuali circostanze idonee ad influire sul contenuto dell'atto finale, così anticipando e prevedendo il contenzioso che potrebbe verificarsi in sede giurisdizionale[105].

Se questo è lo spirito e la finalità del preavviso di rigetto, è chiaro, allora, che il silenzio diniego di cui all'art. 36, con la *traslazione* in fase processuale dell'onere incombente sul privato in fase procedimentale, non rappresenta affatto garanzia di una sollecita tutela giurisdizionale del privato cittadino ma piuttosto, invece, una lesione per lo stesso, il quale si vede così negata l' opportunità, offerta *ex legis* proprio dal meccanismo del preavviso di rigetto, di risolvere la ragione di un eventuale impedimento all'accoglimento della sua istanza, rapportandosi efficacemente ed in modo rapido con la p.a.[106]. Con violazione anche dell'art. 3 Cost. Anzi. Questo impianto, imponendo l'attivazione della macchina giurisdizionale per dimostrare ciò che si sarebbe ben potuto provare nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, concreta piuttosto un inutile aggravamento per l'intero sistema - cittadino, amministrazione, giustizia - atteso che la p.a. dovrà costituirsi in giudizio e poi eseguire la sentenza del giudice; senza considerare l'eventuale giudizio di ottemperanza e tutte le complicanze e le lungaggini che ne possono derivare.

Inoltre, nel quadro attuale, è nel processo che viene ad essere svolta, per la prima volta, quella verifica sui presupposti della conformità edilizia alla quale è normalmente chiamata la

---

amministrativa nella tutela soggettiva del controinteressato, P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, pp. 304 e 306. Sui problemi interpretativi della accezione "motivi già emersi nell'istruttoria", contenuta nell'art. 10 *bis*, si rinvia alle riflessioni di L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, op.cit. p. 573 e ss.

105 *TAR Campania-Napoli, VI, 01.06.2020 n. 2093* secondo cui «l'introduzione nell'ordinamento, con legge 11 febbraio 2005 n. 15, del preavviso di rigetto ha segnato l'ingresso di una modalità di partecipazione al procedimento, con la quale si è voluta "anticipare" l'esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale». A questo proposito la recente giurisprudenza amministrativa ha pure efficacemente precisato che un'applicazione corretta dell'art.10-bis della legge n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio pre-decisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (*Cons. St., I, 25 .03. 2015, n. 80; id., VI, 02.05.2018 n. 2615*). Solo il *modus procedendi* appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale (così *Cons. St., VI, 01.03.2023, n. 2123*).

106 L'art. 10 *bis* da un lato garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione. Sul punto cfr. *Cons. St., VI, 10.02.2020, n. 1001*.

p.a. nel procedimento amministrativo, in cui invece, normalmente, la sua azione funge da efficiente meccanismo di contenimento del contenzioso, proprio grazie a tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento per favorire un *leale dialogo endoprocedimentale* con il cittadino (partecipazione, preavviso di rigetto ecc.).

A tutto questo si aggiunge un ulteriore dato di grave incertezza dovuto al fatto che, tacendo a tale proposito la legge, nonostante la formazione del silenzio procedimentale (assenso o rigetto che sia) la giurisprudenza maggioritaria ritiene non esservi *consumazione del potere* da parte della p.a. sull'istanza del privato ammettendosi, quindi, un rilascio tardivo del

provvedimento espresso[107]. E, ciò, nonostante la previsione di "inefficacia" della determinazione tardiva, introdotta dal decreto semplificazioni del 2020 (*art. 2 co. 8bis*)[108].

107 Da ultimo *Cons. St. VI, 15.03.2023 n. 2704* che ha precisato come, nel caso dell'art. 36 TUE, a fronte della formazione del silenzio per *ficio iuris*, permane la facoltà della PA di provvedere espressamente, nella specie esercitata ragionevolmente, anche a fronte del supplemento istruttorio svolto dall'amministrazione. Ma si veda anche *Cons. St. A.P. 17.10.2017 n. 8* in tema di annullamento di ufficio della sanatoria già rilasciata: *C. Cass. III, 26.02.2008 n. 17954*. Si segnala che la questione della *consumazione del potere* della PA si pone anche nel caso del silenzio assenso sul *permesso di costruire*, atteso che la giurisprudenza non è concorde sul valore dello stesso. Una parte dei giudici amministrativi, infatti, seguendo una linea più rigorosa, ritiene che l'inerzia della PA in materia edilizia soltanto un *fatto giuridicamente rilevante*, per cui la stessa conservi il potere di intervenire anche dopo la conclusione del provvedimento. Secondo questo orientamento ciò si giustifica per il fatto che nella materia edilizia, per la formazione del provvedimento tacito, non è sufficiente il mero decorso del termine senza che la domanda del privato sia presa in considerazione, ma è necessaria anche la conformità urbanistica, ovvero la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti di legge per conseguire ilo bene della vita richiesto, ovvero il rilascio del titolo edilizio: *Cons. St. IV, 07.09.2022 n. 7631*, idem *VI 08.09.2021 n. 6235*; *IV, 07.01.2019 n. 113* . Per l'orientamento meno rigido e forse prevalente, invece, l'istituto del silenzio risponde ad una *valutazione legale tipica*, in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, con il naturale corollario per cui, ove sussistano i requisiti di formazione del silenzio-assenso , il titolo abilitativo può formarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme alla legge. Di conseguenza la PA potrebbe agire solo in autotutela nei termini e nei modi previsti dall'art. 21 *nonies:* M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 24.05.2022. Quest'ultimo orientamento non solo sembra più aderente alle ragioni di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa - per cui, in relazione al permesso di costruire, è stato introdotto il silenzio significativo (ex dlgs n. 127/2016) capovolgendo, così, la prospettiva del vecchio comma 9 dell'art. 20 TUE che, invece, prevedeva un silenzio-diniego - ma risponderebbe meglio anche a ragioni di carattere sistematico. Si pensi all'art. 20, co.3 della legge 241/1990, che prevede l'autotutela, nonché l'art. 2 co. 8 bis della stessa legge sul procedimento amministrativo, come modificata dal dl n. 76/2020 che ora prevede l'inefficacia dei provvedimenti adottati dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento. Lo stesso vale in relazione all'art. 20 co. 2 bis legge 241/1990 (introdotto dal dl 77/2021) che prevede ora, anche nella legge generale sul procedimento, il rilascio in via telematica di una *attestazione* circa il decorso del termine. Stesso discorso vale per l'*abrogazione* del co. 2 dell'art. 21 l. 241/1990 che disponeva che le sanzioni, previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza di atto di assenso della PA o in difformità da esso, si applicano anche a coloro che abbiano iniziato l'attività in forza della formazione del silenzio-assenso in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente. Ed ancora con riguardo al co. 1 dell'art. 21 della legge 241/1990 che prevede che la conformazione dell'attività e dei suoi effetti alla legge o la sanatoria, sono escluse solo in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni e non in caso di dichiarazioni più semplicemente incomplete; nel qual caso il silenzio si perfeziona comunque. La *ratio* di questa lettura, almeno nella ipotesi del permesso di costruire, è che va tenuta distinto il perfezionamento della fattispecie attraverso il silenzio-assenso dagli effetti di quella stessa fattispecie, i quali possono anche essere illegittimi per violazione delle norme urbanistico-edilizie; nel qual caso, la legge predispone i rimedi della autotutela, quali l'annullamento d'ufficio ex art. 21*nonies*: A. TRAVI, *Silenzio-assenso e conformità urbanistica delle opere*, in *Foro it*., 2022 pag. 430.

In verità le posizioni espresse dalla giurisprudenza, anche recente[109], non depongono a favore della applicazione dell'art. *2 co. 8 bis* alla materia urbanistico-edilizia e, ciò, in considerazione della "eterogeneità" dell'istituto del silenzio contemplato nel d.p.r. n. 380/2001 rispetto a quello previsto nella l. n. 241/1990, anche sotto il profilo della diversa disciplina della sua formazione (sotto il profilo dei termini e delle modalità di attestazione)[110], assumendo quindi, natura autonoma e autosufficiente. L'argomento tuttavia non appare proprio solido. La circostanza che l'art. 20 del TU edil. sul silenzio non faccia espresso rinvio alla disciplina generale sul procedimento amministrativo (Capo I Legge n. 241/1990) non implica alcunché, se solo si consideri che numerosi sono gli istituti della legge 241/1990 che, sebbene non richiamati, sono puntualmente applicati in quella disciplina di settore[111]; né rileva il fatto che l'art. 20 TU edil. non richiami espressamente l'art. 20 della legge n. 241/1990, atteso che ciò rientra nella stessa logica per cui la *lex generalis* (L. 241/1990) accoglie in sé anche quella *specialis* (di settore, come il TU edil.)[112]. Vero è, invece, che nella materia urbanistico-edilizia il semplice decorso del tempo non sarebbe sufficiente, da solo, a determinare la consumazione del potere della p.a., atteso che - proprio per la funzione rivestita in questa materia dall'istituto del

108 In termini coerenti con il *co. 8 bis* e, quindi, di perentorietà di tali termini , si segnala *Tar Veneto, sez. II, 14.04. 2022*, n. 558; *TAR Campania-Napoli, sez. II, 10.01.2022 n. 171, Tar Campania, sez. II, Salerno, 6.07.2021, n. 1633*. In dottrina M. CALABRO', *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia nella decisione tardiva nel dl 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato Sez. VI, 13 agosto 2020 n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis 1 Luglio 2020 n. 7476*), in *www.giustiziansieme.it* 2020; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere,* op. cit. p. 22.

109 *Tar Lazio, II-bis, 26.11.2022, n. 15822*, che ne sottolinea anche il diverso contenuto delle relative disposizioni in merito ai termini e alle modalità di attestazione dell'intervenuta formazione.

110 Nel d.p.r. n. 380/2001 il termine per la formazione del silenzio assenso è di 60 gg e 90 complessivamente (art. 12) mentre quello per il rilascio della attestazione è di 15 gg (*art. 20 co. 8*); invece nella l. n. 241/1990 il termine per la formazione è di 30 gg, e quello del rilascio della attestazione è di 10 gg. (*art. 20 co. 2bis*).

111 Si pensi alla pacifica applicazione, al permesso di costruire, dell' annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, alla funzione e ai compiti del responsabile del procedimento e all'obbligo, gravante sullo stesso, di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge.

112 Come, ad esempio, il d.lgs. n. 152/2006 in riferimento all' art. 166 (sul procedimento per l'autorizzazione a utilizzare in agricoltura le acque reflue, gli acquedotti rurali e gli altri impianti funzionali ai sistemi irrigui e di bonifica da parte dei consorzi di bonifica e irrigazione) all' art. 114 (sull' autorizzazione per le operazioni di invaso, sghiaiamento, sfangamento e manovra degli scarichi delle dighe), all' art. 269 (sulle le autorizzazioni per le modifiche non sostanziali di stabilimenti che producono emissioni in atmosfera, all'art. 29 *nonies* (sulle modifiche non sostanziali di impianti per i quali è stata già rilasciata l'autorizzazione integrata ambientale, AIA); ed ancora il d.p.r. n. 59/2013 con l'art. 6 (che disciplina le modifiche non sostanziali di impianti soggetti all'autorizzazione unica ambientale, AUA); e il d.lgs. n. 28/2011 con l'art. 8-*bis* (relativamente agli impianti di produzioni di biometanoidi con capacità produttiva non superiore a 500 standard metri cubi/ora).

silenzio, qui nella logica della semplificazione e non, invece, della liberalizzazione[113] - occorre anche che la verifica sulla conformità edilizia sia sempre completa[114].

Quanto, invece, ad eventuali dubbi circa l'applicabilità delle garanzie dell'art. 10 *bis* ai procedimenti di sanatoria edilizia ex art. 36 T.U. edil., gli stessi sono stati sciolti positivamente dalla recente giurisprudenza amministrativa, la quale ne ha affermato l'operatività (*Cons.Stat. Sez. VI, 12.04.2023 n. 3672*)[115], stante la portata generale dell'istituto del preavviso di rigetto, nonché la espressa esclusione del provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis*

113 Ricordiamo qui che il *favor* legislativo per il silenzio-assenso e la Scia e da ricondurre all'influenza liberalizzatrice del diritto europeo e, in particolare, della direttiva Bolkestein, ossia la dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, poi recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Sia la direttiva europea sia il decreto di recepimento prevedono infatti la *liberalizzazione* in via generale delle attività economiche costituenti servizi, fatta eccezione soltanto per alcuni settori (ovvero quelli elencati dall'art. 2, dir. 123/2006/CE, tra i quali sono ricompresi anche i servizi non economici d'interesse generale, i servizi finanziari, il settore dei trasporti, quello sanitario e audiovisivo) e per quelle attività per cui è opportuno mantenere un controllo *ex ente* che, a sua volta, è soggetto al meccanismo del silenzio-assenso (l'art. 13, par. 3, dir. 123/2006/CE). In dottrina, ed in particolare per una riflessione sulle ricadute nel governo del territorio delle riforme liberistiche e della direttiva *Bolkestein*, si veda P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio*. op. cit.; id. *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12- 2016, p. 1313 e ss.

114 L'art. 12 del d.p.r. n. 380/2001, infatti, prevede che per il rilascio del permesso di costruire vi sia la conformità «alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente».

115 Nella sentenza si legge: «16.5. Al riguardo, giova preliminarmente precisare che, alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: - l'istituto del preavviso di rigetto (di cui all'art. 10*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241), stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10*bis*, in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda (tra gli altri, *Consiglio di Stato, VI, 5.08.2019, n. 5537*); - la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare (*Cons. St. VI, 1.03.2018, n. 1269*); - affinché la violazione dell'art. 10*bis* comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in particolare, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, ma è anche tenuto ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (*Cons. St., VI, 16.09.2022, n. 8043*). Ne deriva che la violazione dell'art. 10*bis* L. n. 241/90 è idonea a determinare l'annullamento del diniego di sanatoria, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dalla parte privata, sia dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedimentali in concreto violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto». *Idem TAR Puglia-Lecce, I, 08.10.2020 n. 1067*.

dall'ambito di operatività del co. 2 dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990[116] (*TAR Lazio, Sez. II quater, 3.11.2020 n. 11307*).

In ogni caso, depurato il sistema dai tentativi di estendere applicazione di questa fattispecie a situazioni non espressamente previste dalla norma (sanatoria giurisprudenziale, sanatoria condizionata, sanatoria temporanea, sanatoria parziale ecc.[117]), l'ambito riservato alla sanatoria edilizia, per *doppia conformità* di cui all'art. 36, risulta essere davvero estremamente limitato. E allora, se scopo dell'istituto della sanatoria edilizia è quella di recuperare, mediante una valutazione postuma dell'autorità competente, interventi che ben avrebbero potuto essere realizzati previo rilascio di un titolo abilitativo, appare stridere con tale assunto il valore assegnato dal legislatore al silenzio della p.a. con l'art. 36 T.U. edil., il quale implica un meccanismo assai farraginoso di impugnazione, attraverso un ricorso che, plasticamente, è stato definito "al buio".

Si sostiene infatti, che se per un verso la previsione del silenzio rigetto sia dettata nell'interesse precipuo del privato (consentendogli così una sollecita tutela giurisdizionale), per altro verso un successivo, seppur tardivo, provvedimento espresso di diniego, grazie al relativo corredo motivazionale, gli consentirebbe di meglio calibrare le proprie difese nel processo[118]. Ma questo nei fatti comporta, per il cittadino, ulteriori attività e costi, dovendo lo stesso, in caso di un sopraggiunto provvedimento di diniego della p.a., impugnare il medesimo con motivi aggiunti: il che, sinceramente, pare andare in tutt'altra direzione rispetto ai canoni, tanto declamati, di *efficienza*, *semplificazione* e *accelerazione* del sistema amministrativo e di giustizia[119].

---

116 L'art. 21 *octies* co. 2 recita «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis».

117 Questi istituti *praeter legem* sono ritenuti dalla giurisprudenza ormai unanime, contrari ai *principi di legalità* e di *separazione dei poteri* e non rispondenti ai canoni di *nominatività* e *tipicità* dell'atto amministrativo. Per una sintesi efficace del quadro di queste fattispecie, cfr . L. RAMACCI, *Il ristretto ambito,* op. cit.

118 Sulla consumazione del potere della PA le due contrapposte posizioni si fondano da un lato sulla estensione della disciplina dell'art. 152 c.p.c. anche a fattispecie sostanziali come il diritto amministrativo (F. CARINGELLA, *Il nuovo volto dell'azione amministrativa*, Roma, 2017), dall'altro sul valore del tempo assunto, oggi, quale *bene della vita* (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019). Ma l'importanza e l'autonomia del *bene tempo* è derivata anche dal diritto sovrannazionale (art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) oltre che dalla Costituzione (nuovo art. 117 co. 2 lett. m).

119 Si ricorda che una decisiva accelerazione verso la semplificazione dei titoli edilizi per il rilancio della competitività e lo sviluppo economico del Paese si registra a partire dal 2011. Si pensi al dl 70/2011 (Decreto Sviluppo), al dl 133/2014 (Sblocca Italia); alla legge 124/2015 (legge Madia) e al d.lgs. 222/2016

4. Considerazioni conclusive.

L'accertamento di conformità, come disciplinato dall'art. 36 TEU, se è vero che risponde ad un *principio fondamentale nella materia del governo del territorio* (*C.Cost. 232/2017, 107/2017 e 101/2013*), è altrettanto vero, però, che non consente di trovare soluzione alla questione dell' abusivismo edilizio, purtroppo assai diffuso nel nostro Paese e risalente agli anni '60 e '70, fatto di difformità anche lievi e tuttavia non sanabili alla luce della disciplina vigente.

Il fenomeno degli abusi minori, connaturato nella storia delle nostre città consolidate tanto da assumere i tratti di una sorta di *giusnaturalismo*, per colmare «in via sussidiaria» le lacune del diritto positivo (G. Achenwall nel suo *Jus naturae in usum auditorum*)[120], presenta tuttavia, quale effetto speculare detrimente, non solo quello di impedire la circolazione giuridica di questo patrimonio immobiliare, ma pure la possibilità di accesso al credito da parte dei proprietari, e, soprattutto, la stessa riqualificazione e il recupero edilizio[121], con buona pace, oltre che della certezza del diritto e dello sviluppo economico, anche delle politiche di contenimento del consumo di suolo e di rigenerazione del costruito[122].

Non è più rinviabile, quindi, la necessità di *focalizzare* compiutamente e a monte questa distonia del sistema per cercare di dare una risposta che sia chiara ed univoca.

Chi scrive non ignora affatto la difficoltà di trovare risposte soddisfacenti alle complesse questioni giuridiche che l'istituto del silenzio pone in relazione alla materia edilizio-urbanistica[123], sia laddove qualificato in termini sintomatici sia come inadempimento; anche in quest'ultimo caso, per il vero, non meno deludente si presenta la soluzione in termini di snellezza e rapidità alla domanda di giustizia.

---

di relativa attuazione, nonché ai provvedimenti legislativi di classificazione di titoli edilizi quali il dpr 31/2017, il dm 2.03.2018; il dl 76/2020 (Decreto Semplificazioni *bis*).

120 E. CORTESELLI, *La valutazione della performance nelle PA dopo la riforma Madia, in www.diritto.it 16.11.2016;* L. CASINI, *Abusi e condoni edilizi: dalla clandestinità al giusnnaturalismo*?, in *Giorn.dir.amm*. n. 1-2019.

121 Il rispetto dei termini è funzionale non solo alla circolazione giuridica dei beni immobili, ma anche ai fini dell'accesso al credito nonché allo stesso recupero del patrimonio esistente: in altri termini, alla economia. In dottrina cfr B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, op.cit. pag. 53 e ss. Infatti, la rigorosa applicazione della doppia conformità impedisce gli interventi di riqualificazioni immobiliare oggi incentivati da leggi statali e detrazioni fiscali (*si pensi al superbonus 110%).*

122P. URBANI, *La rigenerazione urbana: la posizione del giurista,* in *www.astridonline.it*, 2017; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv.giur.ambiente* n. 2-2022.

123 *Certezza* che il legislatore del 2020 ha cercato di salvaguardare prevedendo, al co. 8 dell'art. 20 d.p.r. n. 380/2001 il rilascio telematico di una *attestazione* della PA sul decorso del termine del procedimento e, da ultimo in termini generali in caso di silenzio assenso, all'art. 20 co. 2*bis* della legge 241/1990. Qui, in mancanza di attestazione della PA, la norma prevede una *autodichiarazione* del cittadino ex art. 47 d.p.r. n. 445/2000: il che aggiunge altra incertezza, attesa la natura privatistica della autodichiarazione, la quale non potrà affatto sopperire alla mancanza di un formale provvedimento amministrativo espresso.

Il tutto, anche per non trascurabili questioni di coordinamento di settori disciplinari profondamente intricati in questa materia (e mi riferisco al coordinamento tra la disciplina penale degli abusi edilizi e quella, diversa, del diritto amministrativo, in specie riferita al diritto urbanistico e dell'edilizia)[124] milita a favore della tesi secondo la quale l'unica soluzione è, allora, garantire che l'esercizio del potere amministrativo (precettivo, di vigilanza e controllo) avvenga effettivamente entro termini *definiti* e, soprattutto, esplicitamente *perentori.* Solo in questo modo potrà essere assicurata la certezza del diritto, oltre che l'efficienza e l' efficacia, dell'attività amministrativa.

Come osservato da attenta dottrina, non è ammissibile che la responsabilità della corretta interpretazione del quadro normativo e tecnico venga fatta ricadere sul cittadino - destinatario del potere pubblico[125] - il quale, in una iniqua inversione dei ruoli, è così gravato del relativo onere probatorio da esercitare, oltretutto, direttamente in sede giurisdizionale, con tutte le complicazioni del caso. Basti pensare al passaggio della sentenza della Corte Costituzionale n. 42/2023 laddove al punto 3.1.3. si legge «In sostanza con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale. Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda che qualifichi il potere in termini vincolati e tecnico-discrezionali: dalla prima prevalente impostazione è richiesto al ricorrente di fornire prova piena della doppia conformità; dal secondo indirizzo è richiesto al ricorrente di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfessare la negativa definizione del procedimento. Dall'assolvimento dell'onere richiesto discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a provvedere espressamente sull'istanza in termini conformi a seconda dell'accertamento compiuto in sentenza».

Ebbene. Ci sembra davvero chiedere troppo al cittadino.

La risposta, come suggerisce altra autorevole dottrina, potrebbe essere cercata proprio nel PNRR, strumento che, inteso come atto amministrativo sostanzialmente legificato e proiettato verso il *risultato* quale vincolo giuridico, potrebbe contenere in sé le risorse per rimediare ai fattori di crisi della discrezionalità amministrativa. "Risultato" che, atteggiandosi a questione di diritto eurounionale, dovrebbe essere letto, piuttosto che come criterio di sostituzione del parametro della legalità, come canone di orientamento dell'interprete, restituendo così smalto e dignità all'azione amministrativa[126].

Il superamento della rigidità dell'istituto della doppia conformità di cui all'art. 36 T.U. edil., pure attuato ai fini della rigenerazione urbana, in modo diverso, dalle regioni[127], non è però

124 Come è stato rilevato anche dalla *Corte Cost. n. 42/2023* punto 3.1.2.

125 *M.A. SANDULLI, Silenzio assenso e termine a provvedere*, op.cit.

126 F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, op.cit. In punto di efficienza della pubblica amministrazione, di particolare interesse anche il saggio di R. URSI, *Efficienza,* in *www.dirittoonline.it* , 2018.

127 Ci si riferisce alla l.r. dell' Emilia Romagna n. 23/ 2004 che all'art. 17, facendo "*salvi gli effetti penali*", consente il rilascio del permesso di costruire e di s.c.i.a. in sanatoria qualora l'intervento risulti conforme

stato recepito dal legislatore, come qualcuno aveva pure sperato. Si ricorda, infatti, che nei lavori parlamentari per la redazione della bozza del decreto rilancio (d.l. 34/2020) spuntò, nella maggioranza del governo (giallo-rosso), una proposta di condono edilizio, subito però respinta. A distanza di tre anni da quest'ultimo tentativo, il Governo ci riprova a metter mano alla disciplina in materia edilizia[128], questa volta attraverso un percorso legislativo diverso[129]. Per quanto qui di interesse, nella bozza del testo di riforma in circolazione, l'accertamento ci conformità è contenuto nel Capo VI del Titolo II che prevede tre ipotesi di disciplina.

Con la prima, *accertamento di conformità per violazioni formali* (art. 37) verrebbe confermata l'attuale disciplina contenuta nell'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 (doppia conformità), con una rimodulazione della procedura e la possibilità di prevedere una sorta di accertamento di conformità "condizionato" alla realizzazione di opere di modesta entità, finalizzate alla piena conformazione dell'immobile alla vigente disciplina edilizia e urbanistica (cosa attualmente impossibile).

Con la seconda, *accertamento di conformità per violazioni conformi alla sopravvenuta disciplina urbanistica ed edilizia* (art. 38) sarebbe invece prevista la possibilità di ottenere il titolo abilitativo in sanatoria per interventi urbanistico-edilizi eseguiti in violazione della disciplina urbanistica ed edilizia vigente all'epoca della realizzazione, a condizione che detti interventi risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda di accertamento di conformità (conformità semplice). Possibilità che, però, non si applicherebbe agli interventi di nuova costruzione eseguiti in assenza di titolo abilitativo ed in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente all'epoca della loro realizzazione. In tal senso verrebbe legalizzata la "sanatoria giurisprudenziale" esclusa ormai dalla giurisprudenza di ogni ordine e grado. Per talune tipologie di interventi - di nuova costruzione, eseguiti in totale difformità dal titolo abilitativo; di ristrutturazione urbanistica, di demolizione e ricostruzione comunque denominati, di ricostruzione di edifici crollati, di addizione volumetrica e di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza o totale difformità dal titolo abilitativo - permarrebbe in capo alla P.A. il potere discrezionale di rilasciare la sanatoria edilizia qualora gli stessi risultino conformi, oltre alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda, anche alla disciplina urbanistica ed edilizia

alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda. Oltre a questa norma, tuttora in vigore, si ricordano, di più recenti, le leggi regionali: Toscana n. 65/2014 (art. 34); Liguria n. 1/2015 (artt. 154 e 258), Sicilia n. 16/2016 (art. 14), Campania n. 6/2016 (art. 8).

128 Nel mese di giugno 2023 il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, On. Matteo Salvini, durante una giornata di studio organizzata dall'Orine degli Architetti PPC di Roma ha anticipato alcune indiscrezioni sulla riforma del T.U,. edilizia (d.p.r. n. 380/2001) .

129 Questa volta, a differenza della legge del 2001, licenziata con Decreto del Presidente della Repubblica per l'esigenza di riunire disposizioni legislative e regolamentari, ora pare che si procederà attraverso un decreto legislativo sulla base di una legge delega del Parlamento, che ne fisserà principi e finalità- La bozza predisposta dal tavolo tecnico promosso dal MIT e costituito presso il CSLLPP.

vigente a partire da una certa data da individuare e che prenda in considerazione l'evoluzione delle tecniche costruttive.

Con la terza, *Interventi edilizi eseguiti ed ultimati prima dell'entrata in vigore della legge n. 765/1967* (art. 39) potrebbero essere considerati legittimi (senza alcuna necessità di andare a scovare leggi, piani regolatori e regolamenti dei primi anni del '900), anche in presenza di diverse disposizioni nella regolamentazione comunale vigente all'epoca, gli interventi edilizi eseguiti ed ultimati prima dell'1 settembre 1967, data di entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 n. 765 (Legge Ponte), ivi compresi quelli ricadenti all'interno della perimetrazione dei centri abitati o delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano individuate dallo strumento urbanistico all'epoca vigente. L'avvenuta esecuzione ed ultimazione delle opere ed interventi entro l'1 settembre 1967 dovrebbe essere comprovata mediante adeguata documentazione, quali riprese fotografiche, estratti cartografici, planimetrie catastali, documenti d'archivio, o altro mezzo idoneo. Non assumerebbero valore di prova le dichiarazioni testimoniali.

Resta tuttavia un grave neo. Atteso che nulla sembra contemplare questo disegno di legge in merito alla procedura e, quindi, ai tempi di conclusione del procedimento amministrativo e, in ipotesi di silenzio, al suo significato, la grave questione della tutela effettiva del cittadino è lasciata comunque, ed ancora, senza soluzione.

Che, forse, lo sforzo della Consulta nell'indicare i punti meritevoli di approfondimento in una eventuale futura ordinanza di rimessioni non siano la spia di una sollecitazione affinché venga sollevata, con forza e a tutto tondo, una questione tanto seria, proprio attraverso il giudizio di legittimità costituzionale? Sempre che, naturalmente, non arrivi prima il legislatore a correggere direttamente il tiro. Il che sarebbe, per il vero, più che auspicabile

IL PROBLEMA DELLA RESTITUZIONE DEI BENI CULTURALI

Enrico Damiani
Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Macerata

Abstract (IT): l'articolo analizza la problematica della restituzione dei beni culturali nell'ambito dell'ordinamento italiano con riferimento anche all'ordinamento comunitario ed internazionale. I beni culturali, per le loro specifiche caratteristiche, devono considerarsi in larga parte sottratti alla disciplina di diritto comune relativa alle restituzioni, stante la loro natura universale che li ascrive all'ambito dei cosiddetti beni comuni.

Abstract (EN): this article analyzes the problem of the restitution of cultural properties in the context of the Italian legal system with reference also to the EU and international legal system. Cultural goods, due to their specific characteristics, must be considered largely removed from the discipline of common law relating to restitution, given their universal nature which ascribes them to the scope of the so-called common goods.

SOMMARIO: 1. Introduzione **- 2.** La normativa europea in tema di tutela dei beni culturali e le Convenzioni UNESCO e UNIDROIT **- 3.** Le azioni di restituzione nel diritto civile **- 4.** Acquisti *a non domino* e "beni culturali" **- 5.** La nozione di "bene culturale" **- 6.** Conclusioni.

1. Introduzione

Il problema delle restituzioni dei beni culturali nasce a seguito della spoliazione di beni da parte dei vincitori di guerra in occasione degli eventi bellici[1] e poi si complica nel corso del tempo sino ad assumere una rilevanza preminente nelle relazioni internazionali.

1 L'abbandono dello *ius predae* spettante all'esercito vincitore sul Paese sconfitto fu inserito per la prima volta nella cosiddetta *Martens Clause*, nella Convenzione dell'Aia II, del 29 luglio 1899. Essa riconosceva una sorta di statuto privilegiato alcune categorie di beni acquisititi in tempo di guerra, ivi compresi i beni culturali nazionali. Tale principio è stato poi ripreso nel Regolamento allegato alla Convenzione dell'Aia del 1907. Si vedano: G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, p.2 ss; G. GIARDINI, *The History of Ius Praedae And Its Decline*, in *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2 agosto 2019, la quale sottolinea come nella vigenza del diritto romano, "l'esercizio dello *ius praedae* era possibile solo

Prima di passare ad individuare le problematiche più squisitamente di diritto civile interno si ritiene opportuno fornire alcune brevi nozioni che sembrano particolarmente confacenti alla ricostruzione che, seppur sinteticamente, si intende realizzare.

La prassi nei primi anni del '900 sembra evidenziare un processo di formazione di una norma internazionale consuetudinaria relativa alla protezione delle opere d'arte in occasione di eventi bellici. Nella controversia Mazzoni c. Finanze dello Stato, che il tribunale di Venezia ha deciso l'8 gennaio 1927[2], relativamente agli effetti derivanti dall'applicazione degli artt. 184 ss. del Trattato di St. Germain e del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aia del 1907, viene appunto trattato il tema della restituzione di beni asportati ai privati durante la guerra.

Tale decisione ribadì la vigenza del principio consuetudinario per cui "la nozione giuridica di bottino di guerra e di preda bellica non comporta la comprensione di qualsiasi cosa che venga appresa dall'esercito occupante. Secondo i principi del diritto internazionale il bottino è unicamente la presa di possesso di oggetti suscettibili di uso bellico abbandonati dal belligerante nemico e perciò non può estendersi fino a comprendere il saccheggio che, mentre negli antichi tempi era concesso per premiare lo zelo delle truppe, è oggi assolutamente vietato (Reg. del Aia, art 47)".

Particolarmente interessante è la netta distinzione che la sentenza pose tra l'obbligo di riparazione di natura risarcitoria sancito dagli artt. 177 e 178 del Trattato di St. Germain e l'obbligo di restituzione previsto dagli artt. 184, 189 e 191 dello stesso Trattato. Nel provvedimento si legge che essendo stato il bene oggetto della controversia "restituito secondo le norme e le finalità degli artt. 184 e 185 del Trattato di St. Germain e non secondo le norme e le finalità delle riparazioni, di cui agli artt. 177 e 178, non può esser computato in conto riparazioni e quindi, per quanto detto, non appartenendo al Governo italiano, spetta iure proprio ai litisconsorti Mazzoni".

Il tribunale veneziano, rifiutando al riguardo la dottrina tedesca che si era formata nella vigenza del regime nazista, secondo cui tutti i beni dei cittadini assenti dal territorio invaso dovevano essere considerati alla stregua di *res nullius* o bottino di guerra, ammise l'azione di

---

attraverso un *bellum iustum*, cioè una guerra giusta, equamente dichiarata, considerata *iusta causa* per legittimare l'acquisizione del possesso di uomini e beni. L'atto di saccheggio (*direptio*) era un vero e proprio metodo per acquisire la proprietà della *res hostium*, cioè dei beni mobili dei nemici. Alcuni studiosi ritengono il bottino acquisito, ipso iure, dalla Repubblica Romana (poi Impero); altri la considerano come una proprietà privata dei soldati acquisita attraverso l'occupazione (un metodo per acquisire la proprietà); altri ancora ritengono che il bottino fosse alla mercé dei generali fino a quando non fosse versato all'erario del governo (*praedam in aerarium referre*) o diviso tra i veterani (*praeda militi concedere*). Al contrario, le predazioni in *bellum nefandum* (guerra sleale) e le predazioni prive di significato contro i cittadini romani erano ascritte come delitti e generalmente condannate alla restituzione".

2 La sentenza è pubblicata nel *Foro.it.*, 1927, I, c. 961 ss., con nota di M. UDINA, *Sulla natura giuridica delle restituzioni di cui all'art. 184 del Trattato di St. Germain*.

rivendicazione proposta dai legittimi proprietari dei beni, trattandosi di proprietà privata, sottolineando che "l'apprensione non può ritenersi avvenuta che in seguito a saccheggio e, pertanto, il diritto del privato non può dirsi estinto", per cui agli attori di quel giudizio in quanto spogliati del bene, competeva il diritto di proporre la domanda al fine di ottenere la restituzione dei beni agendo *iure proprio*.

I fatti accaduti, poi, nel corso della Seconda guerra mondiale hanno ampiamente indotto gli Stati a condurre dei negoziati che portarono alla stesura della Convenzione per la protezione dei beni in caso di conflitto armato siglata a L'Aia, il 14 maggio 1954[3], nella quale la questione della protezione dei beni culturali nei territori occupati viene fatta oggetto di una disciplina organica.

Il preambolo del trattato enuncia espressamente il principio per cui gli atti che danneggiano i beni culturali, a qualunque popolo essi appartengano, recano pregiudizio al patrimonio culturale dell'intera umanità.

Nella Convenzione si fa espressamente riferimento al concetto di "bene culturale" quale oggetto di tutela, inteso come una serie di beni, mobili ed immobili, elencati all'art. 136. Essa si riproponeva di superare l'equiparazione, fino a quel momento in voga, tra beni culturali e beni artistici pur rimanendo ancorata ad una concezione estetica del concetto di bene culturale, limitata, quasi esclusivamente agli oggetti aventi un valore artistico.

Tale modo di pensare di origini antiche si è mantenuto fino a tempi recenti anche se nel nostro ordinamento, si è data preminenza, più che al valore artistico dei beni, al loro valore latente di testimonianza di civiltà[4]. Convenzione e Protocollo si prefiggevano il fine di garantire, una volta cessate le ostilità, la restituzione dei beni culturali asportati alle autorità del Paese occupato indennizzando i possessori di buona fede dei beni che devono essere restituiti, con il relativo obbligo risarcitorio a carico della Parte contraente che avrebbe dovuto impedire l'esportazione dei beni culturali dal territorio occupato. L'obbligo di restituzione esce inoltre rafforzato dalla disposizione contenuta all'art. I, par. 3 il quale esclude che i beni culturali esportati dallo Stato occupato possano poi essere trattenuti, alla fine del conflitto, a titolo di riparazione[5]. Successivamente la cooperazione tra Stati ha portato ad ampliare la sfera

3 Il trattato e il suo primo Protocollo sono stati resi esecutivi con legge 7 febbraio 1958, n. 279 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana suppl. al n. 87 dell'11 aprile 1958.

4 G. MAGRI, op. cit., p. 7.

5 Il 17 maggio 1999 fu approvato il Secondo Protocollo, che, oltre ad introdurre un'ampia definizione di "illecito", contiene due disposizioni espressamente dedicate al problema della circolazione dei beni in relazione a situazioni di occupazione di territori altrui. In particolare, l'art. 9, relativo alla protezione dei beni culturali nel territorio occupato, alla lettera a), vieta non solo l'esportazione ma altresì qualsiasi "trasferimento illecito di proprietà" dei beni, nonché gli scavi archeologici con le precisazioni di cui alla lettera b). Inoltre, l'art 21 lettera b), dedicato alle misure concernenti "altre violazioni" (diverse perciò dalle "gravi violazioni" del sopra citato art. 15) obbliga gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure

di applicazione delle norme non solo ai casi di depredazioni belliche ma anche ad esempio al furto di un bene culturale che, successivamente, venga esportato clandestinamente, al fine di consentire alla vittima del furto di poter rientrare in possesso di una cosa rubata e portata all'estero.

Sono però molti i problemi che si debbono affrontare. Ad esempio, nel diritto interno degli Stati, esistono due criteri che si trovano tra di essi in contraddizione: il primo privilegia il possessore di buona fede, consentendogli di acquisire la proprietà della cosa (possesso vale titolo), il secondo impedisce che il possessore acquisisca un diritto che il suo dante causa non aveva (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Le norme di diritto interno sulla usucapione (o prescrizione acquisitiva) possono inoltre, operare a favore dell'acquirente.

Nel caso di beni culturali rinvenuti a seguito di scavo, i singoli Stati hanno disposizioni assai diverse in relazione all'identificazione del proprietario, che potrebbe essere, a seconda dei casi, il titolare del terreno, il ritrovatore oppure lo Stato.

Lo scenario può ulteriormente complicarsi se si considera che l'illecita esportazione di beni culturali può derivare non solamente dal furto, ma anche dalla violazione di norme di diritto interno che limitano o proibiscono il trasferimento di beni culturali all'estero.

Anche lo stesso concetto di "bene culturale" costituisce un elemento di incertezza solo che si consideri il diverso significato che esso assume nell'ambito delle diverse normative nazionali. In questo contesto solamente abbozzato a grandi linee, la materia della disciplina relativa alla circolazione dei beni culturali non connessa ad eventi bellici è stata fatta oggetto, nel 1970 e nel 1995, di disciplina a seguito della Convenzione UNESCO e della Convenzione UNIDROIT.

La Convenzione dell'UNESCO del 14 novembre 1970 sui mezzi per impedire e vietare l'importazione, l'esportazione ed il trasferimento illecito di beni culturali, fissa il principio di collaborazione tra Stati al fine di porre rimedio al fenomeno assai diffuso del traffico illecito dei beni culturali e contiene una dettagliata elencazione dei beni che rientrano nel suo ambito di applicazione, facendo riferimento non solo alle opere d'arte, ma a tutte le "*res*" che presentino un'importanza storica, archeologica, letteraria, artistica e scientifica (art. 1), e che hanno un collegamento specifico con un determinato territorio (art. 4).

Il divieto di trasferimento di proprietà, di esportazione e di importazione dei beni che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione non è assoluto[6]: spetta infatti ad ogni

legislative, amministrative o disciplinari necessarie per reprimere gli atti volti a qualsiasi esportazione, rimozione o trasferimento di proprietà illecito di beni culturali da un territorio occupato, in violazione della Convenzione dell'Aia o del Protocollo medesimo. Nessuna disposizione affronta però direttamente il problema della restituzione dei beni.

6 Si noti come il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE) firmato a Roma il 25 marzo 1957 enuncia il principio di libera circolazione delle merci che rappresenta una delle libertà

Stato contraente il compito di regolamentare le operazioni relative ai beni situati nel proprio territorio, determinando quelle che devono esser considerate lecite e quelle che lecite non sono. Ciò costituisce uno strumento di tutela dei singoli patrimoni nazionali degli Stati contraenti ma non viene identificato un nucleo di beni costituenti un patrimonio internazionale comune.

A seguito del parziale insuccesso di tale primo tentativo, e sulla scorta della direttiva 93/7/CE[7], è stata adottata il 24 giugno 1995, al termine della Conferenza diplomatica tenutasi a Roma, la Convenzione UNIDROIT sul ritorno internazionale dei beni culturali rubati o illecitamente esportati, la quale mira a fornire una disciplina sistematica in materia e che opera, per lo più, sul piano del diritto internazionale, prevedendo l'obbligo di restituzione del bene, previa corresponsione di un "giusto indennizzo" all'acquirente in buona fede.

Di fronte al dilagare delle esportazioni illecite, la Convenzione UNIDROIT del 1995 si è posta come uno strumento finalizzato al recupero del patrimonio culturale che si trovi oltre il confine di uno Stato a seguito di furto o di esportazione in violazione del diritto interno del Paese richiedente. Mentre la Convenzione UNESCO del 1970 prevede azioni diplomatiche a livello interstatale per ottenere la restituzione dei beni culturali, la Convenzione UNIDROIT del 1995 stabilisce norme uniformi perché, gli aventi diritto, possano avviare appositi procedimenti giurisdizionali.

Le disposizioni della Convenzione del 1995, a differenza di quelle esaminate in precedenza del 1970, appaiono essenzialmente di carattere *self-executing*.[8].

2. La normativa europea in tema di tutela dei beni culturali e le Convenzioni UNESCO e UNIDROIT

L'analisi della disciplina comunitaria concernente la tutela dei beni culturali non può prescindere dalle brevi considerazioni svolte sulle Convenzioni internazionali sinteticamente prese in considerazione.

In materia di beni culturali si sono infatti sviluppati principi diversi e parzialmente in contrapposizione rispetto a quelli relativi ad altri tipi di beni. Trattandosi di beni connotati da

---

fondamentali previste dal Trattato (art. 23 ex art. 9); esso può subire delle deroghe come disposto dall'art. 30 (ex art. 36) del Trattato, qualora vengano in considerazione interessi nazionali eccezionalmente meritevoli di tutela quali "motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale", purché tali deroghe non costituiscano un mezzo di arbitraria discriminazione o una restrizione dissimulata al commercio degli Stati membri.

7 La Direttiva 93/7/CEE relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, è stata poi prima modificata dalle Direttive 96/100/CE e 2001/38/CE ed infine, abrogata, con decorrenza al 19 dicembre 2015, dalla Direttiva 2014/60/UE.

8 Per alcune interessanti osservazioni sui limiti e sui meriti di detta convenzione si veda G. MAGRI, op. cit., p. 39.

un interesse prevalentemente pubblico, oltre che da quello dei privati, il principio generale della libera circolazione, che permea il diritto europeo, subisce un importante deroga in favore di quello che possiamo definire un principio di "staticità", volto a garantire l'appartenenza e la permanenza del bene nello Stato d'origine.

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), che mirava a creare una forte integrazione tra gli Stati membri assume, quale principio fondamentale, quello della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, all'interno degli Stati membri, con l'obiettivo di dare vita ad un grande mercato comune, superando le frontiere di ciascuno Stato, non conteneva alcuna disposizione relativa alla circolazione dei beni culturali.

Il principio di libera circolazione delle merci costituisce una delle libertà fondamentali previste dal Trattato, il cui art. 23 (ex art. 9) stabilisce che la Comunità è fondata sopra un'unione doganale che comporta il divieto di dazi all'importazione o all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente nei rapporti tra Stati membri, nonché l'adozione di una tariffa doganale comune nei rapporti con i Paesi terzi. Tra gli Stati membri è previsto, inoltre, ai sensi degli artt. 28 e 29 (rispettivamente ex artt. 30 e 34), il divieto di restrizioni quantitative all'importazione ed all'esportazione e di qualsiasi altra misura di effetto equivalente. Tuttavia, il principio di libera circolazione delle merci, può subire delle deroghe come disposto dall'art. 30 (ex art. 36) del Trattato, qualora vengano in considerazione interessi nazionali eccezionalmente meritevoli di tutela quali "motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale", purché tali deroghe non costituiscano un mezzo di arbitraria discriminazione o una restrizione dissimulata al commercio degli Stati membri.

Appare importante in questo contesto dar conto di una importante decisione[9] che vedeva contrapposto lo Stato italiano alla Commissione innanzi alla Corte di giustizia[10].

In tale pronuncia il giudice comunitario prendendo posizione circa l'interpretazione dell'art. 30 (ex art. 36) del Trattato, accolse le conclusioni dell'Avvocatura generale che contestava la tesi italiana secondo cui gli oggetti d'arte non potevano essere assimilati alle merci. A parere della Corte, per "merci", ai sensi dell'art. 9 del Trattato CEE, bisognava intendere i prodotti suscettibili di valutazione economica e che potevano conseguentemente essere oggetto di transazioni commerciali.

9 Su tale vicenda si vedano le ulteriori considerazioni di G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli 2011, p. 13 ss.

10 Sentenza della Corte di Giustizia C.E. Del 10 dicembre 1968, causa n. 7/68, Commissione c. Italia, in *Foro. it.*, 1969, IV, c. 89.

La legge italiana del 1° giugno 1939, n. 1089 all'art. 37 istituiva una tassa all'esportazione calcolata in misura progressiva (dall'8 al 30%) in rapporto al valore commerciale del bene.

Fin dal 1960 la Comunità europea aveva invitato l'Italia ad abrogare la tassa di esportazione sui beni di interesse culturale, ma, il nostro legislatore era rimasto inerte al riguardo.

La modifica avvenne con la legge n. 487/1972, la cui lunga gestazione fu dovuta all'evidente paura per gli effetti che si riteneva avrebbe provocato l'eliminazione della tassa di esportazione.

L'allora Direzione Generale delle Antichità e Belle Arti del Ministero della Pubblica Istruzione tentò infatti di differire il più possibile l'ottemperanza alla pronuncia della Corte di Giustizia perché temeva il verificarsi di una perdita di tutto il nostro patrimonio artistico, destinato ad abbellire i musei e le collezioni d'arte degli altri Stati europei.

Il nostro Paese sostenne nella causa citata che la norma in questione essendo volta alla tutela del patrimonio culturale, era perfettamente compatibile con l'(ex) art. 36 del Trattato (oggi art. 30), che consentiva agli Stati membri la previsione di restrizioni all'esportazione finalizzate alla salvaguardia del patrimonio artistico, storico e archeologico.

La Corte, evidenziando il carattere eccezionale dell'art. 36, ne dette un'interpretazione restrittiva ritenendo che i dazi doganali e le tasse che limitavano la circolazione di detti beni, non potevano rientrare nelle deroghe previste all'art. 36. La sentenza del 10 dicembre 1968, stabilì sostanzialmente l'equivalenza della tassa progressiva prevista dalla l. n. 1089/1939 ad un dazio doganale.

Successivamente con l'Atto Unico Europeo del 1986, ratificato con legge 23 dicembre 1986, n.909, si assiste alla formazione di una politica comunitaria relativa alla tutela dei beni culturali, con particolare riguardo ai problemi posti dalla loro circolazione. L'(ex) art. 7A (oggi art. 14 del Trattato), introdotto con l'Atto Unico, ha infatti stabilito la instaurazione, entro il 31 dicembre 1992, di un mercato interno senza frontiere nel quale garantire la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

Negli anni Novanta la cultura assume un ruolo preminente nella costruzione dell'integrazione comunitaria. Col Trattato di Maastricht la protezione del patrimonio culturale diventa materia di competenza della Unione europea: l'art. 128 (divenuto poi l'art. 151 a seguito della nuova numerazione del 1997) espressamente individua il settore culturale nell'ambito delle azioni comunitarie.

L'art. 128 citato, però, si ispira al principio di sussidiarietà rispetto alle legislazioni nazionali: "l'azione della comunità è intesa, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione degli Stati".

Particolare rilevanza assumono, in tale contesto, il Regolamento CEE n. 3911/92 del Consiglio del 9 dicembre 1992 relativo all'esportazione dei beni culturali (in G.U.C.E. n. L 395 del 31 dicembre 1992) e la Direttiva 93/7/CEE del Consiglio del 15 marzo 1993, relativa alla

restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro (in G.U.C.E. n. L 74 del 27 marzo 1993)[11]. Entrambi gli atti sono accomunati dalla finalità di conciliare, dopo la realizzazione del mercato interno, l'esigenza di favorire la libera circolazione dei beni culturali con le istanze di protezione dei beni culturali nazionali, aventi valore artistico, storico o archeologico[12].

Un breve cenno merita anche il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 entrato in vigore il 1^ dicembre 2009. In particolare, l'art. 167, al paragrafo 2, impegna l'Unione ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare ed integrare la loro azione nei settori della conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea e degli scambi culturali non commerciali.

L'art. 1 della direttiva 2014/60/UE, all'art. 2 punto 1, specifica che si intende per bene culturale "un bene che è classificato o definito da uno Stato membro, prima o dopo essere illecitamente uscito dal territorio di tale Stato membro, tra i beni del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, secondo la legislazione nazionale o delle procedure amministrative nazionali, ai sensi dell'art. 36 TFUE". In passato l'art. 1 della direttiva 93/7/CEE, al fine di identificare i beni culturali soggetti alla procedura di restituzione effettuava un doppio rinvio: il primo relativamente alla qualificazione di bene culturale effettuata dal diritto interno dello Stato membro interessato alla restituzione, purché nei limiti imposti dai Trattati europei (in particolare l'art. 36 TFUE); il secondo concernente la necessità che il bene in questione, appartenente al patrimonio culturale nazionale in virtù delle norme di diritto interno, fosse ricompreso tra quelli elencati nell'allegato A della direttiva stessa (corrispondente sostanzialmente all'allegato al regolamento 116/09).

Facevano parte di tale elenco:

a) i reperti archeologici e gli elementi provenienti dallo smembramento di monumenti artistici, storici o religiosi nonché gli archivi, qualsiasi ne fosse il valore, purché avessero rispettivamente più di cento o cinquant'anni, ma anche gli incunaboli e manoscritti a prescindere dalla loro antichità;

b) mosaici e disegni, incisioni, fotografie e carte geografiche stampate, se aventi un valore minimo di 15.000 euro (e, le carte geografiche, anche un'antichità di almeno duecento anni);

c) acquerelli, guazzi e pastelli con valore pari o superiore a 30.000 euro;

---

11 Per ovviare alle problematiche emerse in sede di applicazione dalla direttiva 93/7, è stata successivamente adottata la direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, entrata in vigore il 17 giugno 2014.

12 M. P. CHITI, *Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario, in Beni culturali e Comunità Europea*, Milano, 1994, p. 149 ss.

d) opere dell'arte statuaria o scultoria e collezioni a carattere zoologico, botanico, mineralogico, anatomico, storico, paleontologico, etnografico o numismatico, libri (aventi più di cento anni), mezzi di trasporto (aventi più di settantacinque anni) ed oggetti di antiquariato non ricompresi nelle categorie sopra elencate (aventi più di cinquant'anni), purché dotati di un valore maggiore o uguale a 50.000 euro;

f) i quadri con un valore di almeno 150.000 euro.

L'individuazione di alcune categorie di beni culturali sulla base del loro valore economico sollevava numerose e gravose preoccupazioni negli interpreti. Il criterio del valore economico, che al massimo avrebbe potuto infatti assumere un'importanza residuale ai fini dell'inclusione di un bene tra quelli suscettibili di essere oggetto di limiti alla circolazione o tra quelli che potevano essere restituiti al Paese d'origine che ne avesse fatto richiesta, stanti la direttiva 93/7 e il regolamento 116/09, diveniva una condizione essenziale, la cui assenza (ad eccezione dei beni appartenenti alle collezioni pubbliche o agli inventari delle istituzioni ecclesiastiche) era sufficiente a determinare la impossibilità di accoglimento della richiesta di restituzione.

Fatte queste brevi digressioni al fine di individuare la complessità del fenomeno delle restituzioni dei beni culturali, è ora opportuno soffermarsi sulla analisi delle sole problematiche relative alle questioni di diritto civile interno, omettendo ogni ulteriore valutazione di altri profili.

3. Le azioni di restituzione nel diritto civile

La dottrina civilistica non ha finora analizzato approfonditamente il concetto di restituzione. Taluno[13] ha svolto delle ricerche sulle restituzioni contrattuali, con tale espressione intendendosi le varie procedure che, venuto meno il titolo contrattuale, si pongono in essere per ripristinare la situazione anteriore all'esecuzione del contratto. In quest'ottica è stata considerata la disciplina delle restituzioni che sia prevista nel contratto stesso, e, in difetto, la disciplina legale applicabile, sia di parte generale sia relativa a singoli contratti. L'analisi ha riguardato i rapporti tra indebito soggettivo e ripetizione, tra ripetizione d'indebito e arricchimento senza causa, tra restituzione e rivendicazione. Su questo particolare profilo relativo alla distinzione tra azioni recuperatorie di tipo "reale" o obbligatorio vale la pena di spendere qualche parola. Secondo l'orientamento dominante in dottrina e in giurisprudenza (da ultimo si veda Cass., 10 ottobre 2018, n. 25052), «*mentre l'azione di restituzione mira ad ottenere il ritrasferimento di un bene in precedenza volontariamente trasmesso dall'attore al convenuto, l'azione di rivendicazione è tesa invece alla condanna al rilascio o alla consegna nei confronti di chi dispone di fatto del bene in assenza di titolo*». L'azione personale di restituzione sarebbe destinata a ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire una cosa che è

13 Mi riferisco a G. DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012.

stata in precedenza volontariamente trasmessa dall'attore al convenuto, in forza di negozi quali la locazione, il comodato, il deposito e così via, che non presuppongono necessariamente nel *tradens* la qualità di proprietario[14]. Essa si distinguerebbe dall'azione di rivendicazione, con la quale il proprietario chiede la condanna al rilascio o alla consegna nei confronti di chi dispone di fatto del bene nell'assenza anche originaria di ogni titolo e che avrebbe invece natura reale.

In realtà, l'affermazione che l'azione di restituzione abbia sempre natura personale non corrisponde necessariamente al vero.

Dando una semplice e veloce scorsa al codice civile è possibile individuare molteplici ipotesi di richiamo del concetto di restituzione[15]: l'Art. 71 (restituzione dei frutti), l'Art. 80 (restituzione dei doni), l'Art. 1539 c.c. (restituzione prezzo nella vendita a corpo o a misura), l'Art. 1556 c.c. (restituzione in caso di contratto estimatorio), l'Art. 1769 c.c. (restituzione della cosa depositata presso il depositario incapace), l'Art. 192 (restituzioni tra coniugi), l'Art. 563 (restituzione di beni immobili donati e rivenduti a terzi), gli Artt. 1148-1152 (restituzione dei frutti percepiti dal possessore), gli Artt. 1168-1170 (reintegrazione nel possesso), l'Art. 1385 (diritto del creditore ad ottenere la *restituzione* della caparra), l'Art. 1590 (Restituzione della cosa locata), l'Art. 1463 (le prestazioni ricevute in forza di contratto vanno restituite «secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito»), gli Art. 2033, 2037-2038 (ripetizione dell'indebito), l'Art. 1189 (che rinvia alla ripetizione dell'indebito). Nel caso di restituzione di cui all'art. 563 c.c., in particolare, qualora l'avente causa dal donatario non si liberi dall'obbligo di restituzione pagando l'equivalente in denaro, pare indubbio che detta azione abbia natura reale e non meramente obbligatoria.

Queste brevi osservazioni sono utili a consentire un approfondimento della questione relativa, innanzitutto alla individuazione del concetto di "beni culturali", della applicabilità o meno a tali beni delle discipline che il codice civile appresta per la circolazione dei beni in generale, e conseguentemente se sia data la possibilità al soggetto eventualmente acquirente *a non domino*, la possibilità di esercitare vittoriosamente l'azione di restituzione ad esempio nelle ipotesi nelle quali sia stato assolto in sede penale dai reati di ricettazione o incauto acquisto e voglia recuperare l'opera artistica dal soggetto già custode della stessa a seguito dell'intervenuto sequestro penale[16].

---

14 Di recente G. DI LORENZO, *La restituzione impossibile*, Milano, 2022 ha ben evidenziato come la pretesa alla restituzione di un bene, nelle ipotesi in cui essa non sia possibile, finisca per essere convertita nel diritto di esigere un risarcimento del danno.

15 Anche i principi UNIDROIT si occupano delle restituzioni contrattuali conseguenti alla caducazione del contratto in caso di annullamento (art. 3.2.15) contrarietà a norme imperative (3.3.2), avveramento condizione risolutiva (5.3.5) risoluzione (7.3.6 e 7.3.7).

16 Per alcune stimolanti osservazioni si veda G. BONIFACIO, *Tutela dl patrimonio culturale e confisca dei beni*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, p. 1 ss.

4. Acquisti *a non domino* e beni culturali

Alcune recenti decisioni della Suprema Corte ripropongono la questione della possibilità di fare ricorso alla regola del "*possesso vale titolo*" prevista dall'art. 1153 c.c., o a quella dell'usucapione" prevista dall'art. 1161 c.c. con le restrizioni desumibili dall'art. 1163 c.c., relativamente agli acquisti di beni mobili culturali *a non domino*.

Nella sentenza della II sezione della Cass., n. 4455 del 14 febbraio 2019 un collezionista ha acquistato un violino Guarnieri da un liutaio mediante lo scambio con un violino Guadagnini e un conguaglio di Euro 150.000,00. Successivamente costui subiva un sequestro penale a seguito della denuncia del legittimo proprietario che ne aveva rivendicato la proprietà.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello respingevano la domanda del collezionista tesa ad accertare la sussistenza dei presupposti dell'acquisto *a non domino* in forza della regola del possesso vale titolo (art. 1153 c.c.) in quanto nella fattispecie si individuava quella colpa grave nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto che, in base al secondo comma dell'art. 1147 c.c., esclude che il possesso possa giovare al soggetto detentore del bene. Nella sentenza sempre della II sezione della Cass., n. 5349 del 18 febbraio 2022, tra le altre questioni concernenti l'applicazione del diritto internazionale e segnatamente dell'art. 3 della Convenzione Unesco del 1970 (ratificata in Italia con l. n. 873/1975), la S.C. esclude in capo all'acquirente di manufatti di arte precolombiana la sussistenza della buona fede, non avendo lo stesso dato prova di trovarsi "nella condizione di non poter ragionevolmente sapere dell'illegittima provenienza del bene e, soprattutto, di aver agito con la dovuta diligenza in occasione dell'acquisto". Nella sentenza viene anche specificato "che non costituisce titolo idoneo, ai fini dell'applicazione del principio "possesso vale titolo", di cui all'art. 1153 c.c., il contratto di acquisto di un bene avente natura storico-culturale stipulato in base ad una normativa nazionale contrastante con il divieto di esportazione illegale, ovvero non autorizzata, di detti beni sancito dall'art. 3 della Convenzione Unesco". Entrambe le pronunce suggeriscono, per i profili testé evidenziati, una trattazione congiunta che, partendo dalla nozione di bene mobile culturale, consenta, da un lato, di verificare l'applicabilità in astratto ai beni culturali della disciplina prevista per i cd. acquisti *a non domino*, e dall'altro di verificare se, mediante una interpretazione sistematica ed assiologica delle norme esistenti, sia possibile individuare dei valori cardine che suggeriscano una particolare chiave di lettura delle vicende circolatorie dei beni culturali.

5. La nozione di "bene culturale"

Nell'ambito della categoria dei beni mobili va individuata in particolare la nozione di bene culturale non solo avuto riguardo all'ordinamento italo-comunitario e più in generale internazionale, ma anche alla luce della teoria dei beni[17], in forza della quale il bene viene valutato sulla scorta della funzione[18] che deve svolgere e in base agli interessi che deve soddisfare che, in alcuni casi, travalicano quelli del soggetto titolare fino al punto da essere considerati interessi della collettività o finanche dell'umanità.

Autorevole dottrina[19] identifica i beni culturali come *tertium genus* rispetto ai mobili ed agli immobili: essi vengono ricondotti alla più ampia categoria dei "beni comuni" nella quale sono ricompresi, tra gli altri «i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate». Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[20], richiamate in senso adesivo anche dalla

17 Sul concetto di "bene" è d'uopo il rinvio a U. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, 1976, p. 77 ss.; S. PUGLIATTI, *Cosa*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1962, p. 80 ss.; D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 810; A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, continuato da Mengoni, e poi da Schlesinger, Milano, 2012. Nota di recente F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà 'obbliga'*, in *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO, Roma, 2017, p. 211 ss., che per la individuazione di un bene, non è necessaria una apposita regola ma è sufficiente un principio. Poiché sono individuati anche da princípi, i beni giuridici non sono un numero chiuso (sul punto l'A, richiama P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^ ed., Napoli, 2004, p. 130 s.). Notava già P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, rist., Napoli, 2011, p. 38, come la funzione ultima della proprietà sia quella di servire alla persona umana e alla collettività.

18 S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, p. 240, ravvisa nella funzione sociale «l'elemento che modifica la struttura tradizionalmente riconosciuta alla proprietà».

19 S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali Associazione Bianchi Bandinelli*, Roma 1994, p. 15 ss. Secondo le S.U. Cass., 10 marzo 1969, n. 763, in *Giur. It.*, 1969, 987, i beni culturali appartenenti a privati non sono soltanto soggetti a limitazioni legali della proprietà ma, per la loro particolare funzione, sono «beni di pubblica fruizione».

20 Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 524 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*. Nella pronuncia in esame si sottolinea «l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». Cfr., altresì, ID., *Ambiente e beni comuni*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 86 s., secondo il quale, nella prospettiva accolta dalla giurisprudenza, la nozione di beni comuni «trascende la dimensione statica dell'appartenenza, sì da comprendere sia beni pubblici sia beni privati. Si tratta di una sorta di "proprietà di terzo grado" […]. Il titolo di proprietà resta sullo sfondo, poiché viene in rilievo

Corte costituzionale[21], hanno delineato le linee essenziali di un nuovo rapporto tra beni privati e pubblici, ponendo in luce «il dato "essenziale" della centralità della persona (e dei relativi interessi)» nonché «l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica».

Dunque, il principio della «massima attuazione» della Costituzione, per citare ancora le parole di Salvatore Pugliatti, trova concretizzazione nella giustificazione del sacrificio dello sfruttamento produttivo e della sua subordinazione alle preminenti esigenze esistenziali, divenendo la funzione sociale dato normativo utile ad indirizzare la disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni.

Tali risultati sono inoltre avvalorati sulla scorta delle norme europee[22], segnatamente gli artt. 345 TFUE (ex art. 295 del Trattato)[23] e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

---

un'ulteriore e più alta funzione del bene destinato […] alla conservazione e alla fruizione collettiva». Pertanto, «momento unificante della qualificazione giuridica dei beni comuni è la funzione sociale, che esprime l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'uso dei beni alla promozione della personalità umana». Per ulteriori osservazioni vd. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1080 ss. (spec. p. 1071: «è segnata, in tal modo una tappa essenziale in una storia delle idee che recupera il legame fra proprietà e persona, senza disancorarsi dalla funzione sociale, la quale esprime proprio l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni allo sviluppo della persona»). Nella prospettiva di ricostruire il concetto di proprietà dei beni alla luce dei principi costituzionali e nell'ottica di bilanciare adeguatamente gli interessi sottostanti secondo una vera e propria gerarchia dei valori, con una impostazione rigorosamente assiologica, si vedano A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980, 258 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Camerino-Napoli, 1998, p. 43 ss.; C. TENELLA SILLANI, *I diversi profili del diritto di proprietà nel XXI secolo: brevi spunti di riflessione*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1058 ss.

21 Corte cost., 18 luglio 2014, n. 210, in *Foro it.*, 2014, I, 2651.

22 Si vedano in particolare: M. TRIMARCHI, *La proprietà nella prospettiva del diritto europeo*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella carta dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 149 ss., e L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 603, il quale ipotizza il superamento della radicata convinzione che la proprietà sia connotata da un limite interno. Secondo una diversa prospettiva E. CATERINI, op. cit., p. 123, secondo il quale, la tutela della proprietà si esercita in considerazione dell'interesse o del valore perseguito a cui corrisponde una specifica disciplina nel rispetto dei principi che ispirano la normativa comunitaria, senza che ciò, però, non faccia venir meno l'adeguata considerazione dell'altro parametro del bilanciamento, ossia la personalità umana.

23 Art. 345 TFUE: «I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

europea[24] come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Nella stessa direzione, una recente dottrina[25] ha ben evidenziato come la riconduzione del bene culturale alla teoria generale dei beni non possa essere assolutizzata. Da un lato, infatti, il bene culturale va riportato nell'ambito della teoria generale dei beni per individuarne gli aspetti salienti connessi alla sua titolarità, ai poteri di disposizione e di godimento, dall'altro esso va considerato come un bene a destinazione "universale"[26] che deve svolgere contemporaneamente la funzione di servizio alla persona umana e alla comunità sociale anche alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

In questo contesto si arriva a sostenere[27] che la proprietà dei beni culturali, sia privata che pubblica, non può sottrarsi allo scopo universale-educativo. Pur potendo il titolare del bene disporre delle situazioni giuridiche anche patrimoniali connesse alla titolarità del bene stesso deve essere riconosciuto che il titolare funzionale del bene è l'universalità dei consociati, l'umanità intera. Tale assunto esclude che i beni universali siano soggetti a prescrizione o usucapione ad altre forme di utilizzazione che escludano la possibilità di una fruizione universale.

Il codice dei beni culturali, è stato di recente fatto notare[28], è stato modellato sulla teoria classica della proprietà ed è pertanto orientato verso una concezione privatistica della proprietà dei beni culturali.

In tale contesto va rimeditata l'idoneità degli istituti classici del diritto civile a regolare situazioni giuridiche e beni, quali quelli che stiamo trattando, rispetto ai quali si pongono nuove esigenze di salvaguardia, tutela, conservazione e valorizzazione.

---

24 Art. 17 CDFUE: «Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente […]. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale [...]».

25 F. LONGOBUCCO, op. cit., p. 217 ss.

26 In termini sostanzialmente analoghi cfr. A.M. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004, p. 90 ss.; R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1101 ss.

27 E. CATERINI, *Introduzione alla ricerca "Diritto e bellezza. Dal bene comune al bene universale"*, in *Corti Calabresi*, 2013, p. 647 ss. Si vedano anche le osservazioni di F. LONGOBUCCO, op. cit., p. 218.

28 Da F. LONGOBUCCO, op. cit., p. 219.

È noto come una autorevole dottrina[29] abbia evidenziato la centralità del concetto di interesse nella individuazione dei vari statuti proprietari, di guisa che l'importanza di un bene non va valutata esclusivamente alla stregua dell'interesse del suo titolare, ma anche alla luce degli interessi di terzi qualificati che possono ricavare un'utilità, non necessariamente economica, dalla sua conservazione. In tale contesto si è individuato[30] nel bene culturale, un classico esempio di prevalenza dell'interesse collettivo su quello egoistico-patrimoniale del suo titolare. A questo punto, avendo sinteticamente evidenziato le coordinate all'interno delle quali inscrivere questa breve indagine, si può tentare una ricostruzione, la più attendibile possibile, circa la applicabilità o meno di alcuni istituti classici del diritto civile in relazione al tema della circolazione dei beni culturali.

Analizziamo *in primis* visto il richiamo effettuato in entrambe le sentenze oggetto di osservazione se si possa dare applicazione alla regola possesso vale titolo (art. 1153 c.c.), in riferimento agli acquisti *a non domino* di beni culturali. In dottrina sono presenti orientamenti che escludono categoricamente la possibilità di applicazione di tale regola ai beni culturali[31] ed altri che invece la ammettono con la sola eccezione dei beni culturali pubblici e quindi demaniali[32]. Autorevole dottrina[33] aveva con chiarezza affermato la necessità di limitare l'applicazione dell'art- 1153 c.c. ai soli casi nei quali fosse ravvisabile un interesse collettivo alla sicurezza e alla celerità della circolazione, cosa certamente non evincibile per i beni culturali.

Tra i tentativi tesi a sottrarre la categoria dei beni culturali dalla previsione dell'art. 1153 c.c. va evidenziato quello di chi[34] ha autorevolmente sostenuto che detti beni rappresenterebbero una sorta di *tertium genus* rispetto ai mobili e agli immobili.

---

29 S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, rist., 1964, *passim* spec. p. 159 ss.
30 Da parte di F. LONGOBUCCO, op. cit., p. 220.
31 M. COMPORTI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, pp. 395 ss.
32 R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni – Schlesinger, III ed., Milano 2014, p. 459. Sul punto si veda inoltre M. CENINI, *Gli acquisti* a non domino, Milano, 2009, p. 182 ss. la quale inoltre con riferimento ai beni culturali "privati" auspica non la generica inapplicabilità della regola indiscriminatamente a tutti i beni quanto piuttosto la creazione di un sistema di pubblici registri che operino successivamente alla commissione di un furto o, più in generale, mediante la istituzione di un sistema di trascrizione per la circolazione dei beni mobili culturali.
33 L. MENGONI, *Gli acquisti* a non domino, ristampa della III edizione, Giuffrè, Milano 1994, p. 88.
34 S. **RODOTÀ**, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell'associazione Bianchi Bandinelli*, Roma 1994, p. 15 ss.

La Corte di Cassazione – nei casi citati nella parte iniziale di questo contributo ed anche in altri casi[35], ha escluso la buona fede dell'acquirente *a non domino* concludendo per il mancato perfezionamento dell'acquisto in capo ad esso, in quanto quasi sempre si tratta di un esperto collezionista dei beni culturali appartenenti alla stessa categoria del bene acquistato di provenienza furtiva.

Quindi la impossibilità di ricomprendere i beni culturali nell'ambito di applicabilità della regola "possesso vale titolo" può discendere sia dalla esclusione della buona fede in capo all'acquirente che ai sensi del secondo comma dell'art. 1147 c.c. non può giovarsene se essa deriva dall'ignoranza di ledere l'altrui diritto per colpa grave, sia argomentando che l'art. 1153 c.c. dovrebbe potersi applicare solo agli acquisti di beni culturali meno rilevanti, non certamente all'intera categoria[36].

Discorso analogo può essere fatto in relazione alla astratta applicabilità dell'istituto della usucapione ai beni culturali[37]. Tale istituto rappresenta un ulteriore modo di acquisto della proprietà a titolo originario; il diritto acquistato in forza di esso è del tutto nuovo e diverso rispetto al diritto appartenente al precedente titolare. Per i beni mobili l'usucapione è espressamente prevista dall'art. 1161 c.c., il cui ambito di applicazione ricomprende anche l'eventualità in cui l'acquisto sia avvenuto *a non domino*, in forza di un titolo invalido o putativo. Elemento imprescindibile ai fini dell'acquisto per usucapione è il possesso che, ai sensi dell'art. 1140 c.c., consiste nella materiale disponibilità della *res* (*corpus possidendi*). Inoltre è richiesto che il possessore si comporti come se fosse proprietario della cosa (*animus possidendi*), e che ci sia anche il decorso di un determinato periodo di tempo. Relativamente ai beni mobili non registrati, l'art. 1161 c.c. dispone che il tempo per usucapire il bene è pari a 10 anni se il possesso è stato acquistato in buona fede, mentre è necessario il decorso di 20 anni se il possessore è in mala fede. La buona fede è intesa in questo contesto in senso soggettivo,

35 Mi riferisco, ad esempio, al noto caso del dipinto di Giorgio de Chirico "*Natura morta con pesci*" deciso dalla II sezione della Cassazione il 14 settembre 1999, n. 9782 che statuì che la buona fede di cui all'art. 1153 c.c. corrisponde al concetto di buona fede dell'art. 1147 c.c. il quale nel secondo comma puntualizza che l'ignoranza di ledere l'altrui diritto per colpa grave non è idonea ad escludere in capo all'acquirente l'omissione di quel minimo di diligenza necessario in capo al compratore per perfezionare il suo acquisto *a non domino*.

36 Così F. LONGOBUCCO, op. cit., p. 220 ss. sulla scorta delle riflessioni di G. MAGRI, *Beni culturali e* acquisto a non domino, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 743 ss.

37 Sulla questione si vedano A. MONTANARI, *Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell'usucapione di opera d'arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di* Cassazione, in *Jus civile*, 2021, p. 1860 ss., e G. MAGRI, *Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione, Nota a Cassazione civile, sez. II, 14/06/2019 (ud. 22/01/2019, dep. 14/06/2019), n. 16059*, in *Aedon*, 2020, p. 1 ss.

come ignoranza di ledere un altrui diritto *ex* art. 1147 c.c. e, ma differentemente da quanto previsto dall'art. 1153 c.c., essa non costituisce un requisito necessario del possesso ai fini dell'usucapione.

L'art. 1161 c.c. deve essere letto congiuntamente all'art 1163 c.c. in base al quale "*il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata*". La seconda sezione della Corte di Cassazione, facendo espressamente riferimento all'art. 1163, con la sentenza n. 16059, depositata in data 14 giugno 2019, e l'ordinanza n, 11465 del 30 aprile 2021 ha stabilito che per aversi "*possesso non clandestino*", il possessore deve fornire la prova che l'opera sia stata visibile a tutti tramite la sua esposizione in mostre, musei o pubblicazioni, mentre non è sufficiente, al fine di integrare un utile possesso *ad usucapionem*, che l'opera fosse stata esposta nella scala di un palazzo adibito a residenza familiare, il cui atrio costituiva anche la *reception* dell'azienda farmaceutica di proprietà della famiglia medesima, ovvero che essa fosse stata collocata su di una parete all'interno di una abitazione privata anche se frequentata da altre persone. La Corte ha ritenuto che il requisito della non clandestinità del possesso deve essere riferito *"non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile e indistinta generalità di soggetti".*

Le decisioni testé citate sono state fatte oggetto di critiche. Da un lato, infatti, pur riconoscendo che costituisca fatto notorio la circostanza che in Europa siano presenti molte opere d'arte frutto di razzie operate durante la guerra si è proposto, per non mettere a rischio il mercato dell'arte, che, nel rispetto di quanto statuito dall'art. 64 del codice dei beni culturali che prevede l'obbligo per il venditore dell'opera d'arte di fornire al compratore l'attestato di provenienza, la buona fede debba essere valutata in base al valore e al pregio dell'opera acquistata e al contesto nel quale si opera[38].Altri[39] hanno criticato fortemente l'assunto della S.C. secondo cui per qualificare "non clandestino" il possesso è necessario che lo stesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, in modo visibile ad almeno una apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo ad una limitata cerchia di persone che siano in particolare relazione con il possessore. Tra le modalità che secondo la Cassazione dovrebbero palesare la non clandestinità del possesso, ci sarebbe la esposizione in mostre o l'inserimento

38 Così G. MAGRI, op. loc. ult. cit., il quale conclude che "è chiaro che un'opera attribuita a un artista di chiara fama e venduta a un prezzo rilevante richiederà indagini e attenzioni maggiori rispetto a un'opera di bottega, che viene venduta per un prezzo irrisorio o che un bene di regio acquistato da un rigattiere dovrebbe indurre a maggiori riflessioni rispetto ad un bene analogo acquistato da un antiquario di fama o da una casa d'aste".
39 A. MONTANARI, op. loc. cit.

in pubblicazioni specializzate. In sostanza, secondo la dottrina da ultimo citata, la S.C. confonderebbe il possesso "non clandestino" che richiede sufficientemente che non vi siano impedimenti alla sua conoscibilità, con il possesso "pubblico" per il quale debbono ricorrere delle pratiche ostentative. Bisognerebbe inoltre tener conto del fatto che molti collezionisti, per questioni di riservatezza o per il timore di subire furti o rapine, sono poco disposti ad esporre pubblicamente le loro opere d'arte, ma non per questo motivo il possesso da essi esercitato su di esse deve essere considerato clandestino e, quindi, inidoneo a perfezionare l'usucapione.

6. Conclusioni

Sia optando per la non applicabilità ai beni culturali della disciplina codicistica dettata per gli *acquisti a non domino* sia aderendo alle ricostruzioni dottrinali e alle decisioni della Cassazione che ritengono difficilmente configurabile la buona fede dell'*accipiens* del bene culturale di provenienza illecita ovvero non cessata la clandestinità del possesso del bene medesimo in assenza di una pubblicità in senso lato realizzata mediante mostre o realizzazione di cataloghi, si perviene al risultato che la domanda di restituzione presentata dall'acquirente *a non domino* successivamente alla assoluzione in sede penale per i reati di incauto acquisto o ricettazione è destinata ad essere respinta.

L'esigenza di dare celerità e sicurezza agli scambi deve soccombere, in relazione ai beni culturali, alla necessità di tutelare principi preminenti nella scala gerarchica valoriale desumibile dal sistema ordinamentale italo-comunitario ed internazionale[40]. Il principio di solidarietà letto non solo in relazione ai singoli cittadini ma anche in riferimento al rapporto tra i popoli deve necessariamente tener conto dei dati storici che costituiscono fatti notori imprescindibili nella valutazione, secondo una interpretazione assiologica[41], delle singole

40 Si devono riconoscere a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità* costituzionale, Napoli, 1991, p. 63 ss.; ID., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 25 ss.; ID., La *dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss., i meriti di aver inaugurato la stagione del metodo ermeneutico civil-costituzionale, in una prospettiva sistematica ed assiologica.

41 E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, ed. corretta ed ampliata, a cura di G. Crifò, Milano, 1990, p. 822, il quale evidenziava come l'applicazione pratica del testo in funzione etica, educativa e sociale portasse inevitabilmente ad adottare un significato diverso rispetto a quello originario del testo, meglio rispondente all'attualità dell'agire, in funzione dell'indirizzo assiologico vigente che tenesse conto delle diverse epoche storiche, delle diverse concezioni della vita e dei giudizi di valore in esse dominanti, così dovendo l'interprete fare riferimento ad un criterio storico-evolutivo e ad un criterio di adattamento (p. 799).

fattispecie. Basti pensare, ad esempio, alle spoliazioni delle opere d'arte a danno delle famiglie di origine ebrea da parte degli occupanti nazisti. Sarebbe odioso, in questi casi, ritenere applicabili le discipline relative agli acquisti *a non domino* alle opere artistiche oggetto delle depredazioni naziste, sicuramente per le ragioni tecnico giuridiche sopra esposte ma anche perché il principio di precauzione dovrebbe imporre al potenziale acquirente di dette opere, sovente esperto d'arte e collezionista, di ricorrere ad esempio alla *expertise* di un perito[42] che effettui anche una ricerca nelle banche dati esistenti e presso gli organi di polizia interni e internazionali sulla eventuale presenza dell'opera nell'elenco degli oggetti rubati o depredati[43].

42 Sulla natura giuridica della responsabilità dei periti si veda il contributo di R. CALVO, *Circolazione di modelli giurisprudenziali in Europa: il caso degli "obblighi di protezione" (un'importazione - utile? – dalla Germana all'Italia)*, in *Contr. e Impr. Eur.*, 2010, p. 1 ss.

43 Alcuni spunti al riguardo sono desumibili anche dalla lettura del contributo di G. MAGRI, *Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, op. loc. cit.

IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE E DI FUNZIONI AMMINISTRATIVE TRA STATO E REGIONI IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE.

Laura Sancilio *

Abstract [It]: *i*l presente contributo ripercorre il processo che ha condotto la tutela dell'ambiente a divenire materia di competenza "contesa e condivisa" tra Stato e Regioni, ponendo in evidenza le più significative sentenze della Corte Costituzionale intervenute prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e che hanno concorso, l'una dopo l'altra, a tracciare gli attuali confini della competenza legislativa e della funzione amministrativa in materia ambientale, ponendo le basi per la modifica dell'art. 9 Cost. effettuata a cura della legge costituzionale n. 1/2022. Lo scopo del presente scritto è quello di indagare le potenziali ripercussioni della modifica dell'art. 9 Cost. sul riparto di competenze, sia sul piano interno che sul piano dei rapporti tra Italia e Unione europea, anche alla luce delle storiche sentenze della Corte costituzionale e della recente giurisprudenza costituzionale.

Abstract [En]: this study aims to analyse the process through which the environment protection became matter of shared (and disputed) legislative competence and administrative functions between State and Regions. In order to do so, the paper highlights the most relevant and historic rulings of the Constitutional Court, comparing the judgments prior to the reform of Title V with the subsequent ones, including the most recent case law which laid the foundation for the current legislative framework and for the amendment to Article 9 of the Italian Constitution, introduced by Constitutional Law No. 1/2022. In particular, the final objective of this research is to illustrate the impact of the amendment to Article 9 on the allocation of legislative powers - regarding the Environment protection's matter - between Regions and State but also between State and European Union.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La materia della tutela ambientale nella Costituzione del 1948 e la sua graduale emersione dall'originario art. 9 Cost.. - **2.** La riforma del Titolo V della Costituzione: l'ambiente entra tra le "*parole*" della Costituzione. - **3.** Una parentesi amministrativa. - **4**. Il nuovo assetto della competenza Stato-Regioni in materia di tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V: i problemi di coordinamento e le risposte della Corte costituzionale. - **5.** Lo stato dell'arte: un «regime di competenza legislativa dinamico». L'esempio di due (solo in apparenza) contradditorie sentenze della Corte costituzionale. - **6.** Il novellato articolo 9 della Costituzione: i suoi diretti e indiretti riflessi sul riparto di competenza Stato-Regioni e sul rapporto tra Stato ed Unione europea. **- 7.** Alcune riflessioni conclusive: la Tutela ambientale da competenza contesa a condivisa.

1. Introduzione. La materia della tutela ambientale nella Costituzione del 1948 e la sua graduale emersione dall'originario art. 9 Cost..

Il diritto dell'ambiente è un diritto ad eziologia principalmente giurisprudenziale e, più nello specifico, è il frutto del lavorio lento della giurisprudenza costituzionale, che è intervenuta a modellarne i confini e il contenuto.[1]

L'evoluzione della materia nel nostro ordinamento giuridico, come autorevole dottrina insegna,[2] essenzialmente può riassumersi in tre "momenti": a) dalla irrilevanza alla rilevanza giuridica dell'ambiente; b) dalla rilevanza giuridica all'affermazione dell'ambiente come interesse «assoluto»[3] e «primario»[4] (cristallizzato all'interno dell'art. 9 Cost.); c) da interesse primario ed assoluto a valore costituzionalmente rilevante da bilanciarsi, però, necessariamente con valori altrettanto rilevanti e protetti dall'ordinamento.[5] Chiaramente, il processo di cambiamento che l'ambiente ha attraversato per approdare, finalmente, tra i primi articoli della Costituzione, ha riversato i suoi effetti anche sul riparto di competenze legislative e delle funzioni amministrative tra lo Stato e le Regioni. Ogni volta, infatti, che la sensibilità giuridica in relazione alla materia dell'ambiente cambia, deve anche valutarsi quale sia il livello di governo più adatto ad occuparsi della sua disciplina, in considerazione delle mutate esigenze connesse alla sua tutela. Questo tipo di valutazione è stata svolta, nel tempo, sia dal legislatore che dalla Corte costituzionale, chiamata, quest'ultima, a tracciare una linea interpretativa dell'art. 117 Cost. anche, alle volte, innovando rispetto a quanto esso esplicitamente prevedeva. L'attuale quadro della competenza legislativa in materia di ambiente è dunque ampio e complesso.

Il presente contributo ripercorre il processo che ha condotto l'ambiente ad essere elevato a valore costituzionale primario ed assoluto, passando per gli snodi storici fondamentali dal

---

1 * *Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste e l'Università degli Studi di Udine.*

Per un esaustivo *excursus* per punti dell'evoluzione dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale si rimanda a P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 9/2010, p. 2; M. CECCHETTI, P*rincipi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000.

2 G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2/2015, pp. 2 e 3.

3 Corte Cost., sent. n. 641 del 1987.

4 Corte Cost., sent. n. 151 del 1986.

5 Si precisa, comunque, che, almeno in relazione al paesaggio, la Corte costituzionale ha in passato chiarito che né la qualifica di primarietà né quella di assolutezza conferiscono al valore paesaggistico un potere maggiore della mera prevalenza su interessi che non hanno portata costituzionalmente rilevante. La primarietà e l'assolutezza del valore paesaggistico non pongono, dunque, il paesaggio in posizione sovraordinata rispetto ad altri interessi primari; tutt'al più può essere bilanciato con essi. Con sent. n. 196/2004, la Corte aveva infatti chiarito che la primarietà del valore paesaggistico «*non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala di valori costituzionali*». [cfr. M. IMMORDINO, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 1/2008, p. 4.]

1948 ad oggi ed analizzando, nello specifico: 1) il peso della materia della tutela ambientale nella Costituzione del 1948 e gli sviluppi giurisprudenziali che hanno posto le basi per la riscrittura, nel 2001, dell'art. 117 Cost.; 2) i conflitti sulla competenza sorti dopo la riforma del Titolo V e risolti in vario modo dalla Corte costituzionale; 3) il riflesso della graduale emersione della materia della tutela ambientale sul riparto di funzioni amministrative prima e dopo il 2001; 4) la riforma dell'art. 9 Cost. a cura della legge costituzionale n. 1/2022 e le sue implicazioni sul piano del riparto di competenze Stato-Regioni in materia.

Ci si sofferma, dunque, primariamente, sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni disegnato dai padri costituenti.

Con l'avvento della Costituzione si è infatti introdotto (all'interno dell'art. 117 Cost.) un vasto elenco di materie di competenza concorrente e non anche esclusiva delle Regioni ordinarie (al contrario delle Regioni speciali, che invece erano destinatarie anche di una potestà legislativa definita esclusiva)[6] ed una parallela clausola di residualità che lasciava allo Stato la disciplina di tutte quelle altre che non fossero espressamente previste come di competenza regionale. L'originario intento dei padri costituenti di conferire, sì, alle Regioni un qualche potere legislativo, ma sempre esercitabile sotto l'attenta *direzione* del legislatore statale, si evinceva sia dal tipo di competenza attribuita alle Regioni (di tipo concorrente), sia dal tipico procedimento di formazione delle leggi regionali: prima della riforma del Titolo V la delibera legislativa regionale doveva passare al vaglio del Governo.[7] Tali elementi danno prova del difficoltoso processo di affermazione di un vero e proprio decentramento politico.[8]

L'idea di fondo, secondo cui le Regioni non dovessero essere titolari di rilevanti poteri, almeno in campo legislativo, si intuisce anche dalla portata terminologica volutamente adottata dai padri costituenti nella descrizione della competenza regionale. Infatti l'originario art. 117 Cost. non conteneva al suo interno il riferimento ad una funzione legislativa vera e propria delle Regioni, ma stabiliva che esse potessero emanare «*norme legislative*»: secondo alcuni, tale scelta terminologica suggerirebbe l'intento dei padri costituenti di rimarcare anche lessicalmente che la "funzione legislativa" fosse una esclusiva prerogativa statale e che quella regionale non potesse che essere una eccezione alla regola.[9]

---

6 R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 428; M. RUOTOLO, *Capitolo IX. Le autonomie territoriali*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, F. Modugno (a cura di), seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2015, p. 515.

7 BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 13 ss.; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 60 ss.

8 Per un approfondimento sul substrato politico e storico che ha accompagnato il dibattito in assemblea costituente sui poteri da conferire alle Regioni, si suggerisce la lettura di S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

9 M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al Convegno di Roma del 19 dicembre 2001 su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*, ora in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2002, p. 2.

Con riferimento, nello specifico, invece, alla materia dell'ambiente, al tempo della stesura della Carta Costituzionale, non si era ancora formata una sensibilità tale da considerare l'ambiente una materia unitaria, da tutelare *in toto* e non solo nelle sue singole componenti; tanto è vero che il testo costituzionale non presentava al suo interno la parola "ambiente", ma solo quella di "paesaggio", di significato diverso[10]. Ciò rendeva dunque difficoltoso anche l'inquadramento della materia sotto il profilo del riparto della competenza tra Stato e Regioni, il quale rispecchiava appieno la sua frammentarietà. Del resto, l'ambiente ha iniziato a trovare posto all'interno delle Costituzioni dei vari Stati in tempi relativamente recenti, verosimilmente come riflesso della crescita delle politiche di contrasto allo spreco e del crescente rischio di depauperazione di risorse che non sono così inesauribili come si immaginava un tempo. La prima Costituzione ad introdurre l'ambiente tra i suoi diritti fondamentali è stata la Costituzione greca, del 1975. Questo dato è eloquente.

Dal momento, dunque, che la Costituzione italiana non riservava all'ambiente un autonomo spazio tra le materie elencate nell'art. 117 Cost., eventuali controversie sulla competenza si risolvevano attraverso la riconduzione della disciplina a materie note. Perciò, laddove la materia da disciplinare rientrasse in una delle materie quali «*urbanistica*;[11] […] *acque minerali e termali; cave e torbiere; caccia; pesca nelle acque interne; agricoltura e foreste*», era pacifico che la competenza fosse concorrente.[12] Il problema si poneva, invece, con riguardo alle materie che non erano così circoscritte da rientrare tra quelle in elenco,[13] ma che riguardavano principalmente la macro-materia della tutela ambientale, di cui, però, come detto, la Costituzione non faceva espressa menzione. In questi casi si tentava di verificare se la materia da disciplinare potesse farsi rientrare in qualche modo tra quelle di competenza statale (tutela del paesaggio o diritto alla salute, per esempio), con la conseguenza che la competenza legislativa su tale disciplina diveniva prerogativa esclusivamente statale. Vista la difficoltà nell'inquadrare la materia di volta in volta da disciplinare, si fecero sempre più forti le spinte per l'inserimento in Costituzione della materia della tutela ambientale come vera e propria materia autonoma.

Il riconoscimento della tutela dell'ambiente quale materia parte dal riconoscimento di un *diritto* alla sua tutela quale diritto della persona. Ciò è avvenuto attraverso l'interpretazione dell'art. 9 Cost., riferito al paesaggio inteso non solo come insieme di bellezze naturali ma anche come insieme di tutti gli elementi naturali che compongono l'*habitat* dell'uomo. Questa

10 V. *infra*, § 7.

11 La materia dell'urbanistica è stata il viatico attraverso il quale la protezione ambientale ha trovato riconoscimento normativo. Nello specifico, tale riconoscimento è avvenuto attraverso l'art. 80 D.P.R. 616/1977. [Cfr. A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 3/2021, p. 2.]

12 P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *federalismi.it*, 20/2020, p. 123.

13 Si precisa che la *ratio* sottesa al riparto di competenze allora concepito, stava nel conferire allo Stato il compito di disciplinare le materie che riguardavano per loro natura gli interessi generali di tutti i cittadini e di lasciare invece alle Regioni la disciplina di interessi prevalentemente locali, che risentivano necessariamente delle caratteristiche dei singoli territori. Anche per questo motivo, dunque, le materie di competenza regionale concorrente erano così specifiche e circoscritte.

ultima interpretazione (che muove da una concezione cd. monista) si è venuta ad affermare nel tempo attraverso le pronunce di diversi organi giurisdizionali e si è anche spesso scontrata con linee interpretative giurisprudenziali opposte, che spingevano verso una concezione pluralista, tendente invece alla separazione dei concetti di paesaggio ed ambiente.[14]

Il primo importante passo verso il riconoscimento di un diritto alla tutela ambientale è stato compiuto per la prima volta dalla Corte di Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite n. 5172 del 6 ottobre 1979, con la quale - pur non ancorando il diritto ambientale all'art. 9 Cost. – la Corte ha individuato il diritto all'*ambiente salubre* come derivante dal diritto alla *salute.* Questa sussunzione trae fondamento dall'assunto per cui la salute dell'essere umano è direttamente collegata allo spazio di vita nel quale si realizzano le sue relazioni, nel quale egli si muove e nel quale egli deve poter dunque agire senza incorrere in pericoli per la sua incolumità.[15] In altri termini, se non si garantisse un ambiente salubre, non potrebbe dirsi effettivamente e pienamente tutelato neanche il diritto alla salute che ad esso sottende. L'importanza che stava assumendo l'ambiente portò, peraltro, qualche anno dopo, ad istituire il Ministero dell'ambiente, con l. n. 349 dell'8 luglio 1986.[16]

La necessità di tutelare l'ambiente, che era emersa in maniera prorompente attraverso la sentenza n. 5172/1979 della Corte di Cassazione, è stata successivamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, nel 1987. Con la sentenza n. 167 del 15 maggio 1987, la Corte ha infatti chiarito che «*il patrimonio paesaggistico e ambientale costituisce eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo (art. 9, secondo comma), imponendo alla Repubblica - a livello di tutti i soggetti che vi operano e nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali - di perseguirne il fine precipuo di tutela (sentenza n. 94 del 1985)*». Nello stesso anno, con la sentenza n. 210 del 28 maggio 1987, ha riconosciuto poi la tutela dell'ambiente come *diritto* costituzionalmente protetto e di competenza legislativa statale, in virtù della sua dimensione nazionale.[17]

---

14 Non ci si sofferma sull'evoluzione storica di queste due contrapposte visioni dell'art. 9 Cost., ma si consenta di rimandare, sul punto, a L. SALVEMINI, *I principi di diritto dell'ambiente*, Torino, 2019, p. 4 ss.

15 Nello specifico, la Corte imposta il suo ragionamento logico-giuridico come segue: «*Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uomo la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità, senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. La protezione si estende cioè alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre.*».

16 Il termine "ambiente" era stato usato anche in precedenza per denominare l'allora nuovo "Ministero per i beni culturali e l'ambiente" (legge n. 5 del 29 gennaio 1975).

17 Tra i tanti commenti alla sentenza, si evidenzia la nota di A. CORPACI, *Osservazioni in tema di valutazione di impatto ambientale, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1987,* in *Le Regioni,* 1987, p. 1621 ss.

Quest'ultima sentenza costituisce un vero e proprio punto fermo della materia,[18] in quanto, in quella occasione, la Corte ha letto l'art. 9 Cost. alla luce del suo combinato disposto con l'art. 32 Cost. ed ha affermato che chiunque cagioni un danno ambientale lede un «*diritto della persona ed interesse dell'intera collettività*», che rappresenta uno dei valori «*che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (art. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione*». La Corte ha anche ricordato che «*la natura degli interessi da curare e salvaguardare, il loro livello, afferente all'ambito nazionale, le sostanziali finalità che sono quelle della protezione di valori costituzionali primari (artt. 9 e 32 Cost.)* […] *giustificano ampiamente lo spessore dei poteri attribuiti allo Stato che sono anche in funzione di indirizzo e coordinamento, come si rileva anche specificamente dalla previsione di intese tra lo Stato e i soggetti di autonomia, anche speciale, per l'intreccio degli interessi nazionali, regionali e provinciali*».

Una volta, dunque, riconosciuto l'ambiente come diritto costituzionalmente protetto e, nello specifico, incardinato nell'art. 9 Cost., la difficoltà che si è posta è stata quella di definire un chiaro assetto di competenze, idoneo a distinguere la competenza statale in materia di tutela ambientale generale da quella regionale frammentata che si riferiva a singoli settori della materia ambiente. In particolare, accadeva spesso che si verificassero conflitti tra Stato e Regioni sulla titolarità della funzione legislativa da esercitare in relazione ad una data materia che inerisse sia, in generale, all'ambiente che, in particolare, ad un suo specifico settore e ciò avveniva in quanto «*sullo stesso oggetto insistono interessi diversi*», come, ad esempio, «*quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni*»[19]. La conseguenza di ciò è stato un numero elevato di interventi interpretativi dell'art. 117 Cost. a cura della giurisprudenza costituzionale, che ha posto le basi per la sua riscrittura nel 2001 e per l'individuazione di un nuovo criterio di allocazione della competenza legislativa, non più inerente all'*oggetto* della materia ambientale da disciplinare, ma alla *finalità* che la disciplina legislativa intende realizzare: se di tutela dell'ambiente, allora sarà di competenza statale, se di valorizzazione di esso la competenza sarà regionale. Già, infatti, con la sentenza n. 239/1982, la Corte costituzionale aveva evidenziato come fosse lo *scopo* sotteso all'atto normativo a suggerire la materia interessata e, dunque, anche il soggetto competente a disciplinarla.[20] La Corte ha, con il tempo, chiarito che, essendo l'ambiente un bene immateriale unitario, la sua protezione trascende le diverse competenze di settore.[21] Il *focus*, nel tempo, si è dunque spostato dall'*oggetto* della disciplina allo *scopo* della disciplina e tale mutamento di sensibilità è dovuto all'affermarsi di un vero e proprio diritto alla tutela dell'ambiente (ricondotto, come visto, all'art. 9 Cost. dalla Corte costituzionale), sebbene con il tempo, la Corte costituzionale si

18 P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di "materia", sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie,* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1/2010, p. 685 ss; S. FLORIO, *Paesaggio, ambiente, panorama: tutela multilivello per uno statuto di diritto,* Aracne, 2020, p. 55.

19 Corte Cost. sent. n. 378/2007.

20 Per approfondimenti si rimanda a S.MANGIAMELI, *L'«ambiente» nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all'assetto di un difficile modello),* in S. Mangiameli (a cura di), *Giornate teramane sull'ambiente*, Giuffré, Milano 1998, p. 141.

21 Corte Cost., sent. n. 356/1994.

sarebbe poi sempre più discostata dal riconoscimento della tutela dell'ambiente quale "diritto" e sempre più indirizzata verso il riconoscimento, invece, della tutela ambientale come "valore" costituzionale. Tale mutamento di prospettiva è oggi reso evidente dall'attuale formulazione dell'art. 9 Cost. (modificato con legge costituzionale n. 1/2022), che non pone più dubbi circa la qualificazione giuridica della tutela dell'ambiente quale valore e non diritto.

Ad ogni modo, la giurisprudenza degli anni successivi al 1948 ha avuto inevitabili ricadute sul riparto di competenze Stato-Regioni[22] e ha posto le basi per la riscrittura del Titolo V della Costituzione nel 2001. Ad oggi, si constatata dunque che il vecchio elenco di materie riferite all'ambiente e contenuto nell'art. 117 Cost. sia stato sostituito dalla previsione di due macro-materie, lasciate alla competenza rispettivamente statale esclusiva e regionale concorrente a seconda della finalità dell'intervento legislativo: la "*tutela dell'ambiente*" e la "*valorizzazione dei beni ambientali*"[23].[24] Tuttavia, anche l'assetto di competenze finalmente disegnato dal novellato art. 117 Cost. portò con sé incertezze applicative, sebbene diverse dalle precedenti. Il problema fondamentale nel ripartire le funzioni legislative in questa materia sta nel fatto che l'ambiente, per sua natura, permea potenzialmente un vasto numero di altre materie sia di competenza regionale che statale, ciò implicando in ogni caso inevitabili sconfinamenti della competenza ambientale nelle altre e viceversa. Per tale motivo, la Corte costituzionale, dopo la riforma, ha affrontato il delicato problema della linea di demarcazione tra i diversi concetti di "valorizzazione" e "tutela" (sul punto, ad esempio, emblematica la sentenza del 28 marzo 2003, n. 94).

Il cambio di paradigma appena illustrato, peraltro, destò perplessità in buona parte della dottrina, preoccupata del destino delle disposizioni regionali adottate in materia ambientale fino a quel momento, in conformità con il precedente assetto di competenze stabilito dal 117 Cost.[25].

2. La riforma del Titolo V della Costituzione: l'ambiente entra tra le "parole" della Costituzione.

La riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con l. cost. n. 3/2001, aveva il chiaro intento di permettere alle Regioni di rafforzare la loro autonomia; un tanto è rinvenibile già nella sola lettura del nuovo testo dell'art. 114 Cost., in base al quale la Repubblica è

22 L. SALVEMINI, *La nozione giuridica di ambiente e i riflessi sulla sua tutela*, in A. PALOMBA, L. SALVEMINI, T. ZANETTI, *Arte e legalità. Per un'educazione civica al patrimonio culturale*, San Paolo Edizioni, 2018, p. 121 ss.

23 Secondo il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, per "valorizzazione dei beni ambientali" si intende «*ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione*».

24 G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, cit., p. 3.

25 Una lettura critica, da questo punto di vista, della riforma del Titolo V venne data da A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2001, pp. 2 ss.

«costituita»[26] da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.[27] Nella nuova versione dell'articolo, quindi, si rende evidente che lo Stato, le Regioni e gli enti locali hanno una pari dignità costituzionale,[28] componendo, ognuno per la sua parte, la Repubblica.[29] Si precisa fin da subito che questa nuova formulazione dell'art. 114 Cost. sarà di fondamentale importanza nell'interpretazione dell'art. 9 Cost. per come modificato dalla legge cost. 1/2022. Di ciò si darà evidenza nel paragrafo dedicato alla recente modifica costituzionale.

Dalla configurazione della Repubblica nei termini sopra descritti sono discese infatti diverse conseguenze, tra cui la rivisitazione dell'assetto di competenze legislative stabilite dall'originario art. 117 Cost.[30] e l'inversione della clausola di residualità, ora operante in favore delle Regioni, le quali hanno competenza legislativa *esclusiva* (che la legislazione regionale residuale sia poi davvero piena ed esclusiva, questo è un assunto più teorico che pratico)[31] su tutte le materie non specificamente individuate dall'art. 117 Cost. come di competenza regionale concorrente o statale esclusiva.[32] Il potenziamento dell'autonomia regionale, nelle intenzioni dei redattori della riforma del 2001, ad ogni modo, è avvenuto su più fronti: tanto su quello legislativo[33] quanto su quelli amministrativo e finanziario.[34] Sebbene l'intervento di riforma non toccasse la prima parte della Costituzione (che, come noto, enunciano i principi fondamentali della Carta), esso ha segnato un punto importante nell'evoluzione del diritto ambientale, in quanto, per la prima volta, la parola "ambiente" ha fatto ingresso in

26 La precedente formulazione dell'articolo stabiliva, invece, che la Repubblica «*si riparte in Regioni, Province e Comuni*».

27 Ricordiamo che una parte della riforma del titolo V era stata già introdotta con l. cost. n. 1/1999, che aveva conferito piena autonomia statutaria alle Regioni in materia di forma di governo e consentito l'elezione diretta dei Presidenti regionali. [BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 20.]

28 R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 6/2001, p. 1219.

29 Questo ebbe un riflesso anche, ad esempio, sul modo di considerare gli obblighi internazionali ed il rispetto dei trattati, che dopo la riforma del Titolo V diviene limite anche alla legislazione statale e non più solo a quella regionale.

30 AA.VV., *La riforma del titolo V della Costituzione e i problemi della sua attuazione*, *Astrid*, Roma, marzo 2002, p. 8.

31Sul punto si rimanda a L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2-3/2002, pp. 343-363; nonché G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, pp. 1247- 1271.

32 Sulla clausola di residualità si guardi a S. PARISI, *La competenza residuale*, in *Le Regioni,* n. 2-3/2011, pp. 341-378.

33 Per esempio le Regioni, dopo la riforma, possono stringere, nelle materie di loro competenza, «*accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato*» (art. 117, comma 9, Cost.).

34 Come si approfondirà meglio nel prosieguo del contributo, la ripartizione delle funzioni amministrative, come noto, è stata improntata ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118 Cost.), mentre la maggiore autonomia finanziaria delle Regioni è stata realizzata attraverso l'attribuzione ad esse del potere di stabilire e applicare tributi ed entrate propri (art. 119 Cost.).

Costituzione[35]. Anzi, alcuni vedono proprio nell'introduzione del termine "ambiente" in Costituzione - seppur in riferimento al solo riparto di competenze tra Stato e Regioni - una sorta di *costituzionalizzazione indiretta* del diritto alla tutela dell'ambiente, che ha avuto l'effetto di rafforzare il suo *status* costituzionale, prima invece solo ricavabile implicitamente dall'interpretazione del termine "paesaggio" di cui all'articolo 9 Cost. in combinato disposto con l'art. 32 Cost..[36] L'ambiente come *parola* del nostro ordinamento, invece, aveva fatto ingresso nel "vocabolario giuridico" già in tempi remoti e, più precisamente, nel 1940, con la normativa di protezione delle bellezze naturali e del paesaggio introdotta con R.D. 1357/1940, art. 9, comma 2, n. 3 (*Regolamento sulla protezione delle bellezze naturali*)[37].

Ma venendo ora, nello specifico, alle novità introdotte dalla riforma relativamente al riparto di competenze legislative in materia ambientale, è indispensabile valutare se esse siano state significative o meno. Sul piano formale, certamente sì, la riforma ha implementato anzitutto in via generale l'apparato delle competenze regionali: ha introdotto una competenza residuale regionale ed ha effettuato un rovesciamento della clausola di residualità, come anzidetto.[38] Tuttavia, anche dopo la riforma del Titolo V, le Regioni hanno mantenuto una posizione sempre abbastanza marginale perché sono destinatarie, sì, della competenza concorrente in materia di "valorizzazione" dei beni ambientali, ma, al contempo, invece, la materia della "tutela" di un «*interesse unitario e insuscettibile di frazionamento*», quale è necessariamente l'ambiente, rimane un compito affidato allo Stato.[39]

Come precedentemente accennato, tuttavia, l'art. 117 Cost., in apparenza sufficientemente definito e chiaro, in realtà delineava due tipi di competenze le cui sfumature conducevano ad una contaminazione reciproca dei poteri legislativi di Stato e Regioni.[40] Per tale motivo, la

35 A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, cit., p. 1.

36 D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, 2012, 254 ss.

37 Art. 9 R.D. 1357/1940: «*Nel pronunciarsi se uno degli oggetti contemplati dall'articolo 1 della legge meriti di essere protetto, la Commissione provinciale deve conciliare, per quanto è possibile, l'interesse pubblico con l'interesse privato. Deve poi tener presente, in modo particolare:* […]*che a conferire non comune bellezza alle ville, ai giardini, ai parchi concorrono sia il carattere e l'importanza della flora sia l'ambiente, soprattutto se essi si trovino entro il perimetro di una città e vi costituiscano una attraente zona verde;* […]».

38 La possibilità di espansione degli spazi di autonomia regionale è stata notevole se si pensa anche solamente che il nuovo art. 116 Cost. consente alle Regioni di essere destinatarie di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia».

39 Questa era l'interpretazione che la dottrina subito successiva alla riforma del Titolo V dava alla materia della tutela dell'ambiente, vista, più che come materia, come una «*clausola generale, che potrà essere utilizzata, se e quando necessario, per assicurare allo Stato funzioni e compiti riferibili a materie anche molto diverse tra loro, ma tutti destinati a garantire quel valore fondamentale, quell'"interesse unitario e insuscettibile di frazionamento" che la nostra giurisprudenza costituzionale ha già autonomamente ricavato, da molto tempo, dalla nostra Costituzione vigente*». [Così da A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2001, pp. 4 e 5; negli stessi termini anche F. BENELLI, *L'Ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Le Regioni*, 1/2004, pp. 176 ss.]

40 La possibilità di contaminazione tra le competenze statali e regionali come risultato della modifica dell'art. 117 Cost. era già stata segnalata in dottrina da P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza*

disposizione è stata gradatamente interpretata dalla Corte costituzionale, la quale ha fornito nel corso degli anni successivi alla riforma diverse riletture dell'art. 117 Cost.; a volte ritagliava ulteriori spazi di competenza per le Regioni ed altre riespandeva il potere di intervento statale, fino ad arrivare, ad oggi, ad un quadro complesso, ma stabile.

Si sottolinea sin d'ora che, ad oggi, la linea interpretativa che espande il potere di intervento legislativo statale a scapito di quello regionale sembra essere quella tendenzialmente prevalente e il motivo di ciò sta nell'evidente importanza di tutelare l'ambiente in maniera omogenea sul territorio nazionale; esigenza di cui era ben consapevole il legislatore durante la riscrittura dell'art. 117 Cost.. In generale, chiaramente, sono molti gli interessi sovraregionali che necessitano di disciplina unitaria ed è per questo che il legislatore del 2001, nell'intervenire sull'art. 117 Cost., ha trasformato la precedente clausola generale dell'interesse nazionale, ma non può affermarsi che l'abbia soppressa del tutto. Riservando infatti la tutela dell'ambiente alla competenza esclusiva legislativa statale, si è conferito inevitabilmente a tale materia il potere di "attrarre verso l'alto" anche la disciplina di tutte quelle altre che toccano in qualche modo la materia della tutela dell'ambiente (d'altronde questo non è che il riflesso dell'operatività del principio di sussidiarietà anche in ambito legislativo, su cui torneremo più avanti)[41]. In altre parole, la dimensione unitaria dell'interesse ambientale tutelato diviene criterio di allocazione della potestà legislativa a livello statale e limite di esercizio di competenze proprie regionali[42] e la decisione di lasciare la competenza legislativa ambientale a livello regionale (perché la specifica materia ricade nella competenza regionale, ma incidentalmente la sua disciplina persegue anche finalità ambientali) o di attrarla al livello superiore è dunque «*affidata ad una scelta di natura politica ma pur sempre ispirata a principi di adeguatezza e sussidiarietà*»[43]. Ecco spiegato come il concetto di "interesse nazionale" non è tramontato del tutto con la riforma, ma è stato certo arginato, rimodellato e circoscritto, se vogliamo, alle sole materie che si è ritenuto idoneo disciplinare a livello nazionale per garantire *standard* di tutela omogenei su tutto il territorio della Repubblica.[44]

---

legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici, in Le Regioni, 6/2001, p. 1224 ss.

41 F. BENELLI, *L'Ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa,* cit., p. 184.; G. SCACCIA *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Diritto Pubblico*, 2/2004, p. 461 ss.

42 Questo concetto è espresso nella sentenza della Corte Cost. n. 62 del 29 gennaio 2005. F. SCALIA, *Il carattere di «materia trasversale» della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77),* in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 3/2017, p. 12.

43F. BENELLI, *L'Ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa,* cit., pp. 180 e 182.

44 Alcuni parlano di "*trasfigurazione*" di una clausola generale di interesse nazionale, altri sostengono, invece, che l'interesse nazionale sia semplicemente implicito nell'art. 5 Cost., perché espressione dell'unità stessa della Repubblica (si veda, ad esempio, il potere conferito al Governo dall'art. 120 Cost. di sostituirsi alle Regioni quando vi siano necessità di tutela dell'unità giuridica o economica). Favorevoli ad una tale lettura dell'art. 117 Cost. sono A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 aprile 2001; R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2002; M. SCIARRA, *La "trasversalità" della tutela dell'ambiente: un confine "mobile" delle competenze legislative tra Stato e Regioni,* in *rivistaic.it*, 11 aprile 2005; M. LUCIANI, *Le nuove competenze*

La difficoltà nel ricondurre gli interventi regionali e statali nell'una o nell'altra materia (tutela ambientale o valorizzazione dei beni ambientali) è spiegata dal fatto che, come acutamente intuito da autorevole dottrina, la tutela dell'ambiente e la valorizzazione dei beni ambientali possono e devono intendersi, in realtà, come due facce di una stessa medaglia, con la conseguenza che un qualunque interprete dell'art. 117 Cost. si trova nella «*impossibilità di distinguere le due competenze, poiché da un lato non c'è tutela senza valorizzazione, dall'altro lato la valorizzazione è il miglior modo di attuare la tutela*».[45] Questa duplice natura dell'ambiente è ben riassumibile nel concetto di "multifunzionalità ambientale"[46], usato nel 2008 dalla Corte Costituzionale per descrivere boschi e foreste, che costituiscono sia beni giuridici *ambientali* e, quindi, in quanto tali, bisognosi di tutela, che beni giuridici *patrimoniali* e, perciò, portatori in potenza di una funzione economico-produttiva impiegabile al meglio. L'esistenza di questa molteplice natura determina un "concorso" di competenze sul medesimo oggetto, l'ambiente.[47]

Ma se su una medesima materia possono insistere più competenze, come visto, e se tale commistione crea eccessivi conflitti tra Stato e Regioni, è (sicuramente necessario, ma anche) sufficiente eliminare il problema a monte, attraverso un sistema istituzionale *a rete*,[48] collaborativo, in cui Stato e Regioni cooperino (idealmente) per delineare una disciplina completa e unitaria ma anche aperta alle peculiari esigenze dei vari nuclei periferici? Su questo argomento, la riforma del Titolo V della Costituzione è stata fondamentale, perché attraverso

---

legislative delle Regioni a statuto ordinario, cit.; A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, cit., pp. 4 ss.. In generale, per una ricostruzione delle varie linee di pensiero esistite in dottrina sul punto, si rimanda a P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V,* in *Le Regioni*, 6/2003, pp. 1007-1062.

45 G. M. FLICK, *L'archeologia "pubblica": ovvero come attuare concretamente l'articolo 9 della Costituzione*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2015, p. 8. Flick, nel medesimo articolo, distingue, attraverso una provocatoria metafora, le due posizioni rispettivamente dello Stato e delle Regioni: «*L'aver affidato la prima allo Stato e la seconda alle Regioni ha creato però una prateria senza confini precisi, dove imperversavano la "cavalleria" e gli "indiani"- rappresentati rispettivamente dall'uno e dalle altre - rivendicando ciascuno le proprie competenze e soprattutto la gestione delle risorse economiche per farvi fronte.*». Si sottolinea, comunque, che il difficile coordinamento tra competenze che viene a verificarsi di fatto quando entrano in gioco i concetti di tutela di un bene e di valorizzazione di esso, non è elemento che caratterizza solo la materia ambientale, chiaramente, ma tutte quelle materie "trasversali" presenti nell'art. 117 Cost. (come la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", la "tutela della concorrenza", le "funzioni fondamentali degli enti locali"). Si riscontra, peraltro, un ricco contenzioso anche in tema di riparto di competenze Stato-Regioni in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali. Un'approfondita disamina del tema è stata effettuata da A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 9 luglio 2018.

46 Corte Cost. sent. n. 105 del 2008 (si veda il punto 4 del Considerato in diritto).

47 Il concetto di "concorso" di competenze è stato introdotto dalla Corte Costituzionale con sent. n. 225/2009. [cfr. P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, cit., p. 10.]

48 G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, 2-3/2002, p. 324.

la formale rimozione della clausola dell'interesse nazionale, ha introdotto una nuova visione dei rapporti tra i vari livelli di governo, che «*obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale* […] *più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi*».[49] Dunque, anche se una collaborazione legislativa tra Stato e Regioni non è contemplata nel nostro ordinamento,[50] essa è considerata da sempre un principio di carattere generale, che trova espressione nei numerosi strumenti di dialogo esistenti tra i vari livelli di governo.[51]

3. Una parentesi amministrativa.

Sicuramente la realizzazione della collaborazione diretta, poco fa auspicata, è più facile che avvenga in ambito amministrativo, che conosce validi strumenti di raccordo ed intesa tra lo Stato e le Regioni, in attuazione del noto principio di leale collaborazione[52].[53]

Per poter indagare la competenza amministrativa in materia ambientale, è necessario ricostruire il quadro generale delle funzioni amministrative riservate alle Regioni secondo la Costituzione ed esaminare, anche per questo argomento, i cambiamenti intervenuti con la riforma del Titolo V del 2001.

---

49 Corte Cost., sent. n. 31/2006.

50 Il nostro ordinamento conosce due situazioni nelle quali è previsto il coinvolgimento delle Regioni nell'*iter* legislativo: l'ipotesi in cui una legge di delega imponga al Governo di adottare il decreto legislativo delegato d'intesa con le Regioni e l'ipotesi in cui il Parlamento voglia licenziare una legge statale che riguardi anche materie di competenza regionale, in tal caso sarà costretto a coinvolgere le Regioni per l'attuazione della legge. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 298 e 299.

51 Dell'esistenza del principio di leale collaborazione, la Corte costituzionale aveva già dato atto prima del 2001 e, nello specifico, in tema di tutela del paesaggio, già con sent. n. 359 del 21 dicembre 1985, in cui si afferma che «*la primarietà del valore garantito dall'art. 9 cost. impegna tutte le pubbliche istituzioni, e particolarmente lo Stato e le regioni, a concorrere alla sua tutela e promozione*»). Anche in dottrina il concetto di "leale collaborazione" è emerso in tempi antichi: si veda, ad esempio, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, p. 141 ss.. Per un approfondimento sulla nascita e sull'evoluzione del principio di leale collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni si rimanda ad A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, 2464 ss.; nonché A. GATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione,* in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 416-449.

52 Principio che si era, comunque, fatto strada in materia già precedentemente alla riforma del Titolo V. Si veda Corte Cost., sent. n. 341 del 1996 (in cui può leggersi la locuzione "leale cooperazione"). In generale, tale principio, anche espresso in altri termini, è stato valorizzato sempre dalla Corte costituzione: si vedano le sentt. n. 337 del 1989, n. 366 del 1992, n. 302 del 1994, n. 157 del 1995, n. 282 del 2000.

53 F. BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 4-5/2008, pp. 905 ss.

L'originario art. 118, primo comma, Cost.[54] stabiliva il cd. *principio del parallelismo*, in forza del quale le Regioni avevano competenze amministrative in tutte quelle materie che ricadevano all'interno della loro competenza legislativa concorrente. Eventualmente, lo Stato, poi, poteva anche decidere di devolvere alle Regioni competenze amministrative su materie di competenza legislativa *statale*, ove ve ne fosse stata necessità. Tale possibilità, prevista dall'art. 118, secondo comma, Cost., era stata pensata, in assemblea costituente, per il caso in cui lo Stato avesse ritenuto «*opportuno servirsi della amministrazione regionale per perseguire quegli scopi che sarebbero* [stati] *in linea di principio riservati alla propria amministrazione diretta, centrale o locale*»[55].

Deve precisarsi, relativamente alla previsione di cui al primo comma, art. 118 Cost., che, mentre la competenza legislativa regionale era di tipo *concorrente*, quella amministrativa, invece, era di tipo *esclusivo*, o lo era almeno in linea treorica.[56] Invece, un meccanismo simile a quello che opera nell'art. 117 Cost. in relazione ai rapporti tra Stato e Regioni, poteva rinvenirsi in ambito amministrativo nei rapporti intercorrenti tra Regioni ed enti locali; le prime potevano infatti delegare le loro funzioni amministrative agli enti locali.[57]

La responsabilità dell'attività amministrativa relativa alle materie elencate nell'art. 117 Cost. era esclusivamente della Regione; dunque questa doveva poter esercitare - teoricamente - tutte le funzioni amministrative nelle materie di sua competenza legislativa senza il timore di una ingerenza statale, che invece si manifestava nell'esercizio della competenza legislativa regionale. Tuttavia, lo Stato poteva operare un controllo sull'esercizio della funzione

54 Art. 118 Cost.: «*Spettano alle Regioni funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Provincie, ai Comuni o ad altri enti locali. Lo Stato può con legge delegare alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative. La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Province, ai Comuni o altri enti locali, o valendosi dei loro uffici*».

55 Queste le parole pronunciate dal relatore Gaspare Ambrosini il 27 luglio 1946 durante la discussione sulle autonomie locali avviata dalla seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. L'intera relazione è reperibile sul sito *https://www.nascitacostituzione.it*.

56F. BASSANINI, V. ONIDA, *Problemi di diritto regionale. Vol. II. Trasferimento delle funzioni e attuazione dell'ordinamento regionale. Note e pareri*, Milano, 1971, p. 167.

57 Ciò ai sensi dell'art. 118, comma 3, Cost.

amministrativa regionale attraverso gli strumenti previsti degli artt. 125, primo comma,[58] e 134 Cost.[59] (nonché dell'art. 39 l. 87/1953)[60].[61]

Le Regioni, però, di fatto, non riuscivano ad esercitare la loro funzione amministrativa come il combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost. aveva invece previsto, perché lo Stato, in realtà, gestiva molte delle funzioni amministrative a livello centrale ancora, con il risultato che le Regioni venivano relegate «*al ruolo di enti di amministrazione*»[62]. Ciò poteva avvenire in virtù del fatto che l'elenco di materie di competenza concorrente delle Regioni di cui all'art. 117 Cost. era limitato e molte materie, che non potevano inquadrarsi in alcuna di quelle contenute nell'elenco, ricadevano tra le competenze legislative statali e, dunque, anche amministrative. Nello specifico, la materia ambientale, come analizzato, era una di quelle non contemplate espressamente nell'art. 117 Cost. e molte delle funzioni amministrative connesse a tale materia erano esercitate, dunque, dallo Stato.[63]

Le Regioni dovettero attendere l'intervento statale a disciplina dei modi e delle forme di un *trasferimento di funzioni*, per vedere finalmente attuate le norme costituzionali. Questo avvenne attraverso le varie ondate di trasferimento di funzioni amministrative[64] operate in loro favore

---

58 Art. 125: «*Il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione è esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da legge della Repubblica. La legge può in determinati casi ammettere il controllo di merito, al solo effetto di promuovere, con richiesta motivata, il riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale*».

59 Art. 134 Cost.: «*La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione*».

60 Art. 39 l. 87/1953: «*Se la Regione invade con un suo atto la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione allo Stato ovvero ad altra Regione, lo Stato o la Regione rispettivamente interessata possono proporre ricorso alla Corte costituzionale per il regolamento di competenza. Del pari può produrre ricorso la Regione la cui sfera di competenza costituzionale sia invasa da un atto dello Stato. Il termine per produrre ricorso è di sessanta giorni a decorrere dalla notificazione o pubblicazione ovvero dall'avvenuta conoscenza dell'atto impugnato. Il ricorso è proposto per lo Stato dal Presidente del Consiglio dei ministri o da un Ministro da lui delegato e per la Regione dal Presidente della Giunta regionale in seguito a deliberazione della Giunta stessa. Il ricorso per regolamento di competenza deve indicare come sorge il conflitto di attribuzione e specificare l'atto dal quale sarebbe stata invasa la sfera di competenza nonché le disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali che si ritengono violate.*».

61 F. BASSANINI, *L'attuazione delle Regioni*, Nuova Italia, Firenze, 1970, p. 57.

62 S. MARCAZZAN, *La riforma del titolo V della costituzione: il nuovo ruolo delle Regioni nei rapporti con lo stato e con l'unione europea*, in *Amministrazione in cammino*, 7 settembre 204, p. 3

63 D. BAMDOLI, M. MICHELESSI, *Il processo di decentramento delle funzioni in mate delle funzioni in materia ambientale,* in *Le istituzioni del federalismo*, 5/2001, p. 945.

64Il raccordo tra funzioni amministrative e legislative venne espresso attraverso l'art. 1, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che spiegava: «*Nelle materie oggetto del conferimento, le Regioni e gli enti locali esercitano funzioni legislative o normative ai sensi e nei limiti stabiliti dall'articolo 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59*». L'art. 2, l. n. 59/1997 prevedeva quanto segue: «*La disciplina legislativa delle funzioni e dei compiti conferiti alle Regioni ai sensi della presente legge spetta alle Regioni quando è riconducibile alle materie di cui all'articolo 117, primo comma, della Costituzione*.».

dal 1972 (questo fu il momento in cui le Regioni a statuto ordinario si videro riconoscere la competenza amministrativa in materia di agricoltura e foreste)[65].[66]

Dal 1972, le Regioni hanno sicuramente man mano guadagnato maggiore autonomia, sia in generale che nella materia che ci riguarda, fino all'approdo delle leggi costituzionali approvate tra il 1999 e il 2001[67], che sono solo il risultato, infatti, del graduale sviluppo del regionalismo italiano.

La riforma del Titolo V è stata anticipata dall'intervento della legge Bassanini (l. n. 59/1997),[68] il quale mirava ad attuare un modello di federalismo amministrativo,[69] che ruota attorno a tre principi: a) la sussidiarietà; b) la funzionalità (da cui discendono i principi di efficacia, economicità, adeguatezza e differenziazione); c) la responsabilità. L'art. 118 Cost. venne dunque riscritto con la riforma del 2001 e il principio di sussidiarietà si sostituì al principio del parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative. La sussidiarietà impone

65 Con il successivo DPR 616 del 24 luglio 1977 vennero trasferite, poi, le funzioni relative a: coltivazione terra e zootecnia; strutture agricole; difesa e lotta fitosanitaria; bonifica e difesa del suolo; boschi e foreste; trasformazione e commercio prodotti agricoli, silvo-pastorali e zootecnici.

66 Il conferimento alle Regioni di maggiori funzioni è avvenuto attraverso le diverse forme del "trasferimento", della "delega" o dell' "attribuzione" ed è stato un processo iniziato negli anni '70 e terminato negli anni '90 del secolo scorso. La prima ondata di trasferimenti venne disposta con undici decreti legislativi del gennaio 1972, ma il trasferimento era parziale e scarno nel contenuto (la tecnica utilizzata è stata rinominata "tecnica del ritaglio di funzioni", perché le funzioni che erano già conferite alle Regioni dalla Costituzione sono state, di fatto, ristrette in favore di uno spazio di intervento statale a tutela dell'interesse nazionale). La seconda ondata di trasferimenti avvenne con D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, con cui le Regioni vennero investite di poteri normativi ed autorizzatori in relazione alla tutela dell'ambiente da ogni forma di inquinamento (come accennato in precedenza, è per la prima volta, con questo D.P.R., che la protezione dell'ambiente ebbe riconoscimento normativo). La terza ondata è stata fatta ad opera dei diversi atti attuativi delle Leggi Bassanini (Bassanini-uno, l. n. 59 del 15 marzo 1997; Bassanini-*bis*, l. n. 127 del 15 maggio 1997; Bassanini-*ter*, l. n. 191 del 16 giugno 1998; Bassanini-*quater*, l. n. 50 dell'8 marzo 1999), come i decreti legislativi delegati, le leggi regionali, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, i regolamenti governativi; uno dei più rilevanti tra tali atti è il D.lgs. 112/1998, il quale conferiva allo Stato le sole attribuzioni amministrative di rilevanza nazionale. Cfr. S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 15 ss.; P. DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente,* in *Riv. Giur. Ambiente*, 6/2005, pp. 957 ss.; P. M. VIPIANA PERPETUA, *Osservazioni sul cosiddetto federalismo amministrativo nella sua evoluzione e nei suoi sviluppi, in Le Istituzioni del federalismo*, n. 2/2011, p. 399; G. SCIULLO, *Federalismo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2 dicembre 2004, p. 5.

67 Il riferimento è alle leggi costituzionali n. 1 del 22 novembre 1999, n. 2 del 31 gennaio 2001, n. 3 del 18 ottobre 2001.

68 Il D.lgs. n. 112/1998 riservava allo Stato l'esercizio della funzione amministrativa nei seguenti settori: 1) territorio e urbanistica; 2) edilizia residenziale pubblica; 3) catasto; 4) difesa del suolo; 5) tutela dell'ambiente (e parchi); 6) inquinamento delle acque; 7) inquinamento dell'aria; 8) gestione dei rifiuti.

69 Con federalismo amministrativo, stando ad una definizione semplice ma efficace, si intende la valorizzazione del ruolo delle autonomie territoriali mediante l'estensione delle loro funzioni amministrative. Per una maggiormente approfondita definizione di "federalismo amministrativo" si rimanda a G. SCIULLO, *Federalismo amministrativo*, cit., pp. 1 e 2.

che «*le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario*», dunque essa agisce «*come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere*».[70]

Il principio di sussidiarietà permea, in generale, le funzioni amministrative e il settore ambientale non fa eccezione. Tale principio è infatti ad oggi cristallizzato nell'art. 3-*quinquies*, comma 3, del Codice dell'ambiente, che recita: «*Lo Stato interviene in questioni involgenti interessi ambientali ove gli obiettivi dell'azione prevista, in considerazione delle dimensioni di essa e dell'entità' dei relativi effetti, non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo o non siano stati comunque effettivamente realizzati*».[71]

Non sempre però il normale regime di affidamento della funzione ambientale amministrativa al livello di governo più vicino al cittadino funziona in maniera efficiente.[72] Pensiamo ad esempio all'ipotesi in cui un determinato Comune, al fine di salvaguardare il più possibile i cittadini dall'inquinamento atmosferico,[73] impedisca la costruzione sul territorio comunale di impianti di smaltimento dei rifiuti. L'eccessiva tutela, in questo caso, confligge (perché chiaramente, così come in quello legislativo, anche l'ambito amministrativo vede confliggere potenzialmente interessi diversi) con il parallelo interesse del cittadino ad un servizio pubblico essenziale.

Per tale motivo, in realtà, sono spesse volte proprio le Regioni - e in seconda battuta lo Stato - ad esercitare le funzioni amministrative in materia ambientale più delicate, se non altro perché l'esercizio di tali funzioni amministrative richiede nella stragrande maggioranza dei casi una preparazione tecnico-specialistica elevata che gli enti locali non hanno. Dunque in questi casi ad operare è il principio di adeguatezza, attraverso il quale avviene uno spostamento della competenza amministrativa verso il livello di governo che possiede gli strumenti adatti a rispondere all'esigenza di tutela ambientale richiesta dall'ordinamento.[74]

Se da una parte può dirsi superato il principio del parallelismo di funzioni, non possiamo, dall'altra parte, pensare come totalmente slegate le due competenze legislativa e amministrativa e il motivo di ciò è stato ben spiegato dalla Corte costituzionale ormai da tempo. Con sentenza del 1° ottobre 2003, n. 303, la Corte ha infatti affermato che: «*quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad*

70 Punto 2.1 del Considerato in diritto, Sent. n. 303/2003.

71 L'art. 3-*quinquies* d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (comunemente noto come "Codice dell'ambiente") è stato introdotto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008.

72 Questo problema era già stato intuito da parte della dottrina. Cfr. D. BAMDOLI, M. MICHELESSI, *Il processo di decentramento delle funzioni in mate delle funzioni in materia ambientale*, cit., p. 960.

73 L'eccessiva tutela ambientale svela la presenza della cd. "sindrome Nimby" *(Not in my backyard)*.

74 M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente,* in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente,* 1-2/2012, p. 72; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 149.

affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto.».[75] Ad esempio, l'attribuzione delle funzioni di controllo delle emissioni è di competenza esclusiva statale, rientrando tra le attività volte a tutelare l'ambiente.[76]

In riferimento alla competenza amministrativa, poi, da ultimo, si evidenzia che, comunque, gli enti locali godono di importanti spazi di intervento (usualmente adottano atti amministrativi a contenuto generale).[77]

4. Il nuovo assetto della competenza Stato-Regioni in materia di Tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V: i problemi di coordinamento e le risposte della Corte costituzionale.

Tornando al riparto di competenze legislative in materia di tutela dell'ambiente e dopo aver delineato il quadro generale della materia *pre* e *post* riforma del Titolo V, si ritiene necessario approfondire il processo di sedimentazione giurisprudenziale che ha condotto alla configurazione dell'attuale assetto di competenze legislative. Tale processo è iniziato, sicuramente, già poco dopo la riforma e, nello specifico, nel 2002.

La Corte Costituzionale, con sent. n. 407/2002, ha richiamato la propria linea d'indirizzo precedente, chiarendo che «*dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*»[78].[79] Anche le successive interpretazioni dell'art. 117 Cost. si conformarono, dunque, a questa impostazione.

---

75 Sulla sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale si vedano, tra gli altri, i commenti di D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2776 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, nota a Corte Cost. n. 303/2003, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2782 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in Le Regioni, 2-3/2004, p. 578 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia (nota a Corte cost. n. 303 del 2003), in www.forumcostituzionale.it*, 29 ottobre 2003; G. SCACCIA *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, cit. p. 462 ss.

76 A. CALOGERO, *Limiti reciproci tra tutela e valorizzazione dell'ambiente e ruolo degli Enti Locali nell'attuazione del decentramento amministrativo*, in *Innovazione e Diritto*, 2/2005.

77 G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, V edizione, Giappichelli, Torino, 2021, p. 51.

78 Corte Cost., Sent. n. 407 del 2002. Nella medesima sentenza si chiarisce come «*l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze*». F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2002, p. 2952 ss.

79 La materia "trasversale" della tutela dell'ambiente si intreccia con materie quali la protezione civile, la ricerca scientifica, il governo del territorio, l'agricoltura, il turismo e moltissime altre ancora. Per una

Perché questo passaggio della sentenza è stato particolarmente importante? Perché il modo di intendere la materia dell'ambiente ha inevitabili ripercussioni sul piano del riparto di competenze. Infatti, se la tutela ambientale viene intesa come *materia-oggetto*,[80] i suoi confini sono ben delimitati e così come questi non possono espandersi, non possono neanche restringersi per consentire infiltrazioni da parte di altre materie; al contrario, invece, ove la tutela ambientale venga intesa come *materia trasversale*, essa contamina e subisce a sua volta contaminazioni e dunque anche alla Regione potrebbe essere riservato in astratto un potere di intervento in materia, purché sia diretto a perseguire la finalità di tutela ambientale, appunto.[81] L'intreccio degli interessi «*fa venir meno l'univocità della attribuzione di competenza, con la duplice conseguenza, sul piano legislativo, di aprire la concorrenza tra fonti statali e fonti regionali e, sul piano politico-amministrativo, di obbligare i diversi soggetti coinvolti a collaborare lealmente*».[82]

disamina degli interventi della Corte in tema di contemperamento tra interessi collegati in varia misura all'ambiente si rimanda a BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di "ambiente" e di "beni culturali"*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2006, pp. 112 ss.

80 G.VOSA, *La tutela dell'ambiente "bene materiale complesso unitario" fra Stato e autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *federalismi.it*, 19/2017, p. 7.

81 *Ivi*, p. 10.

82 R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, nota a Corte Cost. n. 401/2007, in *Le Regioni*, 2/2008, pp. 398-406.

Nel corso del tempo, l'orientamento della Corte costituzionale oscillava tra l'accoglimento della concezione oggettivistica[83] ed altre volte di quella finalistica[84] della tutela dell'ambiente.[85] Tale oscillazione, ad ogni modo, è arrivata a trovare la sua sintesi con la sentenza n. 225 del 22 luglio 2009, in cui, a ragione, la Corte evidenzia come in realtà la tutela dell'ambiente sia una materia con un contenuto «*allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente (sentenze n. 367 e n. 378 del 2007; n. 12 del 2009), e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso (vedi sentenze n. 104 del 2008; n. 10, n. 30 e n. 220 del 2009)*».[86] Sicché in ogni sua sentenza, la Corte costituzionale predilige l'aspetto oggettivistico della materia piuttosto che quello finalistico, o viceversa, a seconda del caso concreto che si trova a dover risolvere.

La presenza nell'art. 117 Cost. della tutela ambientale intesa come materia cd. "trasversale" (ovverosia una materia che per via della sua conformazione e dell'interesse di tutela nazionale ad essa sotteso, tocca in vario modo altre materie) avrebbe, dunque, potuto provocare due effetti: 1) quello di consentire alle Regioni una qualche possibilità di intervento legislativo in materia di tutela ambientale come conseguenza della disciplina di materie attigue di loro competenza; 2) quello, al contempo, di porre un limite alla libera potestà legislativa concorrente delle Regioni a fronte della presenza di una competenza comunque di tipo statale

83 Questa concezione oggettivistica si è affacciata nel nostro ordinamento con le sentt. nn. 367 e 378 del 2007. Nella sent. n. 378/2007, la Corte afferma che l'ambiente è prima di tutto un «*bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle sue singole componenti*» e che «*la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa allo Stato in via esclusiva, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi*» (stessa osservazione era stata fatta anche nella precedente sent. n. 144/2007), dunque l'ambiente viene qui ricondotto alla sua dimensione materiale e concreta e si impone come oggetto di tutela in quanto "sistema", «*considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico e astratto*». Per molti questa sentenza è stata uno spartiacque tra il precedente modo di concepire l'ambiente in chiave finalistica e il successivo, che restituisce una dimensione "fisica" e concreta all'ambiente. [Per approfondimenti si rimanda a A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, cit., p. 92 ss.; P. CARETTI, V. BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 5197 ss.; P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di" materia", sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, Parte II, p. 13 ss.; F. SCALIA, *Il carattere di «materia trasversale» della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *Rivista di Diritto e Giurisprudenza Agraria, Alimentare e dell'Amb*iente, 6/2017]

84 La Corte Costituzionale, con sent. n. 77 del 12 aprile 2017, osserva nuovamente che «*la tutela dell'ambiente non possa identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto*».

85 A. MAESTRONI, *Il riparto di competenze legislative in materia di tutela dell'ambiente nelle recenti sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 141.

86 Punto 4 del Considerato in diritto, Corte Cost. sent. n. 225/2009.

esclusivo in materia di tutela ambientale (tali effetti si riversano tanto sulle Regioni a statuto ordinario quanto su quelle a statuto speciale)[87].

Di tali effetti la Corte costituzionale si occupò per la prima volta nel 2002, sebbene in due sentenze diverse, come di seguito si evidenzia.

Sul primo effetto – La prima sentenza nella quale è ravvisabile il cenno ad un qualche margine di intervento legislativo regionale in materia di tutela dell'ambiente è la sentenza n. 407/2002 (caratterizzata da una «*fortissima dose di ambiguità*»[88]).[89] Tale possibilità di intervento si evince principalmente dal sottotesto della sentenza, ma trovò poi espresso riconoscimento nella giurisprudenza subito successiva.[90] Una apertura ancora più chiara ed esplicita in tal senso ebbe, infatti, con la sentenza n. 222/2003, nella quale la Corte costituzionale è arrivata ad affermare che «*In tale ottica — anche a riconoscere che la legge regionale impugnata interferisca comunque nella materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema — deve escludersi che tale interferenza implichi un* vulnus *del parametro costituzionale evocato, trovando il suo titolo di*

87 Non ci si sofferma in questa sede sulle Regioni a statuto speciale, ma si richiama, a titolo esemplificativo, la sent. n. 101/2010 con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 58, comma 1, della legge della Regione Friuli Venezia Giulia n. 5 del 23 febbraio 2007, come sostituito dall'art. 2, comma 13, l. 21 ottobre 2008 n. 12, perché peggiorativo degli *standard* di tutela ambientale imposti dallo Stato. Il fatto, dunque, che la regione FVG godesse di una potestà legislativa integrativo-attuativa in materia di tutela del paesaggio (di cui all'art. 6 dello Statuto speciale) non è valso ad escludere che operasse anche nei suoi confronti la generale regola dettata dalla Corte Costituzionale per la quale le Regioni possono derogare agli *standard* di tutela imposti dallo Stato solamente in *melius* e mai in *pejus.* In tale sentenza, infatti, la Corte chiarisce che l'espressione «*lo Stato stabilisce* standard *minimi di tutela*» significa che «*lo Stato assicura una tutela adeguata e non riducibile dell'ambiente valevole anche nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome*». In questa occasione la Corte richiamò anche due suoi precedenti: la sent. n. 378/2007 e la sent. n. 272/2009. Ad ogni modo, per approfondimenti sul tema della competenza in materia ambientale delle Regioni a statuto speciale si suggeriscono le letture di R. BIN, L. COEN, *L'impatto del Titolo V sulle Regioni speciali: profili operativi*, Padova, 2012, pp. 23 ss.; A. MAESTRONI, *Il riparto di competenze legislative in materia di tutela dell'ambiente nelle recenti sentenze della Corte costituzionale*, in Vera Parisio (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 148; G. SILVESTRI, *Le Regioni speciali tra limiti di modello e limiti di sistema*, in *Le Regioni*, 5/2004, pp. 1119 ss; E. D'ORLANDO, L. MEZZETTI, *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Friuli Venezia Giulia*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 369 ss.

88 Così da P. CARETTI, V. BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, cit., p. 5191.

89 Nella sentenza n. 407 del 2002 si legge infatti che «*I lavori preparatori relativi alla lettera* s) *del nuovo art. 117 della Costituzione inducono, d'altra parte, a considerare che l'intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato.*»

90 Sentenze nn. 536 del 2002 e 307 del 2003.

legittimazione nelle competenze regionali in materia igienico-sanitaria e di sicurezza veterinaria (riconducibili al paradigma della tutela della salute, ex art. 117, terzo comma, Cost.): e ciò tanto più ove si consideri che si tratta di intervento che non attenua, ma semmai rafforza […] *le cautele predisposte dalla normativa statale, così da non poterne pregiudicare in alcun modo gli obiettivi*.». Dalla storica sentenza n. 407/2002, questa divenne, dunque, la prima importante chiave di lettura dell'art. 117 Cost..[91]

Sul secondo effetto - Dopo la sentenza n. 407/2002, fu subito evidente che non potesse riconoscersi alle Regioni una illimitata potestà di intervento legislativo in materia ambientale e divenne dunque necessario porvi un limite ben definito. Fu, ancora una volta, la Corte costituzionale, con successiva sent. n. 536/2002, ad individuare tale limite nel necessario rispetto da parte della Regione degli *standard minimi* di tutela stabiliti dallo Sato. Nel 2009 la Corte lo evidenzierà ancor più chiaramente: «*le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale in materia di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze livelli di tutela più elevati. Con ciò, certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze*».[92]

In sintesi, perciò, le Regioni, possono, sì, intervenire legislativamente per tutelare l'ambiente, ma solo quando l'intervento: *a)* sia «*un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza*»[93] (sia essa concorrente od esclusiva) e *b)* sia realizzato per innalzare e mai per diminuire gli *standard* di tutela ambientale.

Deve però constatarsi in questa manovra interpretativa un primo importante scostamento della Corte dalla lettera del nuovo art. 117, secondo comma, lettera *s)*, che aveva, invece, l'originario intento di rendere lo Stato il solo titolare di tale competenza.[94] Dall'altra parte, non

91 Con sent. n. 108/2005, richiamata anche nella successiva sentenza n. 214/2005, la Corte costituzionale afferma in maniera ancora più pulita e precisa la sua linea di indirizzo: «*risulta legittima l'adozione di una disciplina regionale maggiormente rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale*». Di seguito solo alcune delle sentenze successive al 2005 che, ricalcando l'indirizzo del 2002, ribadiscono la possibilità da parte delle Regioni di derogare *in melius* gli *standard* di tutela ambientale: sentt. n. 182 del 2006, n. 246 del 2006, n. 378 del 2007, n. 104 del 2008, n. 105 del 2008, n. 12 del 2009, n. 30 del 2009, n. 61 del 2009, n. 235 del 2009, n. 67 del 2010, n. 193 del 2010, n. 315 del 2010, n. 44 del 2011, n. 66 del 2012, n. 171 del 2012, n. 58 del 2013, n. 145 del 2013, n. 246 del 2013, n. 199 del 2014, n. 210 del 2016, nn. 75 e 77 del 2017, n. 66 del 2018, n. 150 del 2018, n. 198 del 2018, n. 215 del 2018, n. 7 del 2019, n. 129 del 2019, n. 142 del 2019, n. 289 del 2019, n. 147 del 2019, n. 88 del 2020, n. 214 del 2020, n. 227 del 2020, n. 86 del 2021 e n. 85 del 2022. Un elenco completo delle sentenze emanate tra il 2002 e il 2014 dalla Corte Costituzionale sulla questione è riportato invece in *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale* (2002-2015), Corte Costituzionale – Servizio Studi, (a cura di) R. Nevola, aprile 2015.

92 Corte Cost., sent. n. 61/2009.

93 Corte Cost., sent. n. 214 del 2008.

94 Tuttavia, non può non segnalarsi che il già menzionato art. 116 Cost. consente in linea di principio che le Regioni accedano a forme maggiori di autonomia concernenti proprio alcune materie contenute nel secondo comma dell'art. 117 e, nello specifico, alle «*lettere l), limitatamente all'organizzazione della*

può negarsi che vi fosse un tessuto ordinamentale già predisposto ad accogliere un ruolo attivo da parte della Regioni nella gestione della materia ambiente, come la stessa giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma del 2001 dà prova.[95] Inoltre tale antica giurisprudenza costituzionale poggiava solide basi sul vecchio assetto di competenze pre-riforma, stabilito dall'originario art. 117 Cost, il quale prevedeva che le Regioni avessero competenza legislativa concorrente in determinati settori della macro-materia "ambiente", quali l'agricoltura e le foreste, l'urbanistica ed altre; di riflesso, la Corte costituzionale ammetteva che, ad esempio, alla funzione di governo del territorio, riconosciuta alle Regioni, «*si riallacciasse anche una competenza in materia di interessi ambientali, da reputare costituzionalmente garantita e funzionalmente collegata […] alle altre spettanti alle Regioni*». Ciò dimostra che le Regioni erano titolate a legiferare, seppur limitatamente alla disciplina di dettaglio, su tutti gli aspetti caratterizzanti quel determinato settore e, perciò, anche l'aspetto della sua tutela. Ancora, a titolo di esempio, in alcune sentenze del 1990, la materia «*caccia*» (di competenza regionale), per la Corte, equivaleva a «*protezione della fauna*». Non solo, alcuni Statuti regionali contemplavano direttamente la tutela dell'ambiente, come ad esempio quello del Piemonte, che all'art. 5 affidava alla regione stessa l'adozione delle «*misure necessarie a conservare e difendere l'ambiente naturale*».

Ad ogni modo, le novità giurisprudenziali introdotte con le sopracitate sentenze del 2002 sono state poi recepite all'interno dell'art. 3-*quinquies*, comma 2, del d.lgs. 152/2006 (ricordiamo che tale articolo è stato introdotto nel 2008), che stabilisce: «*Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un'arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravi procedimentali*.».[96]

Notiamo subito, dunque, gli effetti di riconoscere la materia della tutela ambientale come materia trasversale. Se è materia trasversale, può occuparsene anche la Regione, per i motivi già esposti. Ove si fosse intesa la materia ambientale come materia-oggetto, una tale interferenza non sarebbe potuta venire ad esistenza.

---

giustizia di pace, n) e s)» e la competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente è stabilita alla lettera s).

95R. BIFULCO, *Tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (Art. 117.2. S) e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (Art. 117.3.),* in *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001: analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 227.

96 Non convince la tesi, sposata da P. Dell'Anno, secondo cui tale articolo avrebbe arbitrariamente introdotto una nuova potestà legislativa regionale e sia dunque «*palesemente viziata da illegittimità costituzionale*». Tale articolo non ha fatto altro che recepire quanto affermato dalla Corte costituzionale, che ha ricavato a sua volta in via interpretativa tale potestà, dunque se fosse così palesemente incostituzionale tale articolo, dovremmo dire anche che sono palesemente incostituzionali tutte le sentenze della Corte che consentono alle Regioni di disciplinare la materia della tutela dell'ambiente. La questione è più complessa di così ed è in continua evoluzione. Sicuramente si concorda, invece, sul fatto che il dettato costituzionale dell'art. 117 Cost. non preveda espressamente tale potestà. Il riferimento è a P. DELL'ANNO, *Diritto dell'Ambiente*, CEDAM, Padova, 2014, p. 7.

Potrebbe a questo punto sorgere il dubbio che la finalità di tutela ambientale possa essere perseguita dalla Regione anche in assenza totale di disciplina legislativa statale e che dunque la Regione possa sopperire ad eventuali lacune di tutela lasciate dal legislatore nazionale. Sul punto la Corte è sempre stata abbastanza chiara: un intervento legislativo totalmente suppletivo regionale in una materia di competenza esclusiva statale come la tutela dell'ambiente non può essere contemplato.[97]

L'evoluzione della competenza in materia di ambiente è dunque arrivata ad un punto di approdo nel 2002? Ebbene, la linea di indirizzo esaminata fino ad ora, assunta dalla Corte costituzionale subito dopo la riforma del Titolo V, non è stata l'unica.

La Corte ha infatti affermato a partire dal 2003, ed in altre successive occasioni,[98] che la disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, investendo l'ambiente nel suo complesso (e quindi anche in ciascuna sua parte), diviene limite alla disciplina che le Regioni dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime «*non possono in alcun modo* derogare *o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato*». Apparentemente, dunque, le Regioni non possono intervenire in materia di tutela dell'ambiente neanche ponendo *standard* più elevati rispetto a quelli fissati dallo Stato. La Corte costituzionale sembrerebbe, ad un primo sguardo della sentenza, aver ritrattato quanto affermato nella sentenza n. 407 del 2002. Così, però, non è.

Come è stato evidenziato, infatti, se la tutela dell'ambiente è una materia trasversale, necessariamente sarà difficoltoso coordinare il potere di intervento dello Stato e delle Regioni su di essa. Bisogna primariamente domandarsi, dunque, se le due sole condizioni sopra descritte - e cioè la necessità che la Regione tuteli l'ambiente come effetto indiretto della disciplina di una materia di propria competenza e sempre che la tutela sia maggiore e mai minore - siano sufficienti a tracciare i giusti limiti all'intervento legislativo regionale.

Il problema di consentire alla Regione uno spazio di intervento a tutela dell'ambiente purchè solo in *melius*, sta nel fatto che la Regione potrebbe innalzare gli *standard* di tutela in maniera potenzialmente illimitata, ciò comportando due effetti: il primo, diretto, sarebbe sicuramente quello di provocare una disomogeneità di *standard* di tutela a livello nazionale; il secondo sarebbe quello di rendere il diritto alla tutela ambientale un "diritto tiranno" su altri diritti ed interessi che l'ordinamento, però, reputa altrettanto importanti e che, quindi, spetterebbe allo Stato bilanciare, in quanto l'organo legislativo statale è l'unico rappresentativo della volontà dell'intera popolazione (che si manifesta, chiaramente, attraverso le scelte del Parlamento). Non si può pensare che un operatore economico, ad esempio, che lavora in una

97 Ad esempio, con la sent. n. 373/2010 la Corte dischiara l'incostituzionalità di una legge regionale della Puglia (nello specifico, degli artt. 3, comma 1, lettera f, e 6, comma 4, della legge del 31 dicembre 2009, n. 36) laddove disponeva che la Regione disciplinasse «gli ambiti di attività soggetti alla previa emanazione di disciplina statale nelle more della determinazione degli indirizzi nazionali, come nel caso dei criteri per l'assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani». Nello specifico, la Corte rilevò che la competenza «*in tema di tutela dell'ambiente, in cui rientra la disciplina dei rifiuti, appartiene in via esclusiva allo Stato, e non sono perciò ammesse iniziative delle Regioni di regolamentare nel proprio ambito territoriale la materia* […] *pur in assenza della relativa disciplina statale*».

98 Corte Cost., sentt. nn. 367/2007 e 378/2007.

Regione particolarmente sensibile all'interesse ambientale, e che dunque investirà economicamente su macchinari ecosostenibili in risposta all'imposizione di *standard* di tutela ambientale più rigorosi da parte della Regione in questione, abbia le stesse *chances* di vendita dei suoi prodotti di un altro operatore economico che lavori in un'altra Regione con più bassi *standard* di tutela ambientale e che possa quindi permettersi di investire quello stesso denaro, piuttosto, nella forza lavoro o nell'acquisto di tecnologie più avanzate o, semplicemente, possa tenere i prezzi dei prodotti più bassi, incrementando il fatturato. Queste potenziali complicazioni non erano state prese in considerazione durante i primissimi anni di vita della riforma, ma, prima o dopo, la questione sarebbe dovuta sorgere ed, infatti, la Corte Costituzionale si vide costretta a porre un limite all'intervento legislativo *in melius* delle Regioni, affermando un parallelo orientamento rispetto agli altri illustrati fino a quel momento dalla Corte: quello del cd. "punto di equilibrio".[99]

Nello specifico, la Corte, da un certo punto in poi, non si è limitata più ad attribuire alle Regioni un "nuovo e pieno" potere legislativo in materia ambientale, ma ha dovuto chiarire che, accanto alla tutela ambientale, si pongono altri interessi da bilanciare in maniera uniforme su tutto il territorio dello Stato, con la conseguenza che quando tali interessi emergono, la Regione non può far altro che lasciare spazio al legislatore nazionale, che porrà i necessari limiti all'uno e all'altro interesse per consentirne la pacifica convivenza nell'ordinamento. A ben vedere, la Corte costituzionale aveva già fatto cenno a tale questione nella sentenza n. 407/2002, sebbene in termini più generali ed astratti, nella parte in cui consentiva alla Regione un intervento legislativo in materia ambientale, sempre però «*spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*».

Tuttavia la Corte prende una posizione ancora più netta in tal senso con la sentenza n. 307 del 2003 (ripresa dalla successiva sent. n. 331/2003), riguardante l'inquinamento elettromagnetico, affermando che «*la fissazione a livello nazionale dei valori–soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al Paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*.».[100] Dunque la Regione può esercitare in linea di principio un qualche potere legislativo volto a tutelare maggiormente l'ambiente, ma, nel farlo, non può alterare l'equilibrio tra interessi di pari rilevanza ordinamentale che lo Stato ha già predeterminato in via legislativa sulla scorta di un loro necessario bilanciamento.[101]

---

99 R. BIFULCO, *Tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (Art. 117.2. S) e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (Art. 117.3.)*, cit., p. 231 ss.

100 Per un approfondimento sulla vicenda giudiziaria che ha condotto alla sent. n. 307 del 2002 si rimanda al contributo di A. DI MARTINO, *L'inquinamento elettromagnetico: la competenza Stato-Regioni alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *AmbienteDiritto.it*, 2003.

101 Sentenze più recenti che hanno fatto riferimento al punto di equilibrio sono, ad esempio, le sentt. n. 156 del 2016, n. 267 del 2016, n. 177 del 2018, n. 246 del 2018, n. 106/2020.

I tanti contenziosi sorti in relazione allo scontro tra i valori-soglia posti a tutela dell'ambiente dallo Stato e la produzione (in vario modo) di energia di competenza regionale concorrente hanno persino spinto il Consiglio dei Ministri ad approvare, il 9 ottobre 2012, un d.d.l. costituzionale – però mai andato in porto - che avrebbe dovuto operare uno spostamento di materie dalla competenza concorrente a quella esclusiva dello Stato e, nello specifico, una di queste materie (che sarebbe stata aggiunta alla lettera "s *quater*"), era proprio la "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, di interesse non esclusivamente regionale".[102] Tale materia è perciò infine rimasta in capo alle Regioni, seppur, come appena visto, la sua disciplina tocchi necessariamente anche la materia della tutela dell'ambiente.

5. Lo stato dell'arte: un «regime di competenza legislativa dinamico». L'esempio di due (solo in apparenza) contradditorie sentenze della Corte costituzionale.

La divergenza tra le varie pronunce della Corte costituzionale ha indotto molti studiosi a dividere in categorie le varie linee interpretative da essa adottate, a seconda del criterio usato per dirimere le questioni inerenti al riparto di competenza sollevate davanti alla Corte: il criterio della *trasversalità*, il criterio della *prevalenza*[103] e il criterio del *punto di equilibrio*.[104] Taluno continua a sollevare dubbi in merito all'operato della Corte costituzionale, asserendo che questo tema non manchi ancora di contraddizioni. Per portare esempi più recenti di quelli visti finora, si mettono a confronto due sentenze, anche criticate in dottrina.

La prima è la sentenza n. 164 del 2021, emanata al termine di un giudizio inerente ad un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Veneto nei confronti dello Stato, relativamente ad un decreto[105] del Direttore generale della direzione generale archeologia, belle arti e

102 M. CARRER, *Il legislatore competente: statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, nota di p. 115.

103 Il criterio della prevalenza è stato utilizzato dalla Corte costituzionale per coordinare le competenze esclusive dello Stato con quelle regionali. In tali casi, secondo questo criterio, dovrà individuarsi il "nucleo essenziale" della disciplina contesa, ricostruito sulla base della *ratio* della disciplina per riconoscere se la disciplina ricade prevalentemente nella materia di competenza statale o regionale. Tale criterio è stato adottato per la prima volta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e, nello specifico, nella sent. n. 370/2003. Con la sent. n. 50/2005, invece, il criterio è stato utilizzato per coordinare una competenza statale esclusiva dello Stato ed una competenza regionale residuale. Per approfondimenti si rimanda a R. BIN in "*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale" - Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V* , in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004. [R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 5/2006, pp. 889-902; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, nota a Corte Cost. n. 401/2007, cit.; R. BIN, *Prevalenza senza criterio, nota a Corte cost. 411/2008*, in *Le Regioni*, 3-4/2009, pp. 615 – 621; M. DE GIORGI, *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di" tutela dell'ambiente"*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 3/2010, p. 414.]

104 Per una distinzione tra i tre criteri si rimanda a A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, cit., p. 8 ss.

105 Decreto recante "*Dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area alpina compresa tra il Comelico e la Val d'Ansiei, Comuni di Auronzo di Cadore, Danta di Cadore, Santo Stefano di Cadore, San Pietro di Cadore, San Nicolò di Comelico e Comelico Superiore*".

paesaggio (del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo), con il quale veniva dichiarata «*di notevole interesse pubblico*» un'area territoriale veneta per via delle sue caratteristiche, quali, tra le tante, la «*bellezza panoramica*». In virtù di questa dichiarazione, però, la Regione Veneto si vedeva lesa nell'esercizio della propria competenza in materia di valorizzazione dei beni culturali e ambientali, governo del territorio, turismo e agricoltura, non potendo intervenire in alcun modo sulle aree dichiarate di notevole interesse pubblico dal decreto del Ministero.[106] La Corte ha dichiarato infondato il ricorso, sulla scorta della considerazione che la tutela ambientale e paesaggistica, «*rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali. In sostanza, vengono a trovarsi di fronte due tipi di interessi pubblici diversi: quello alla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, e quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni*». Questa soluzione adottata dalla Corte non è una novità; è stato già largamente trattato il tema della dimensione unitaria dell'interesse ambientale tutelato, in virtù del quale la potestà legislativa viene allocata a livello statale e l'esercizio di competenze proprie regionali può incontrare limitazioni, come successo in questo caso.[107]

La seconda, invece, è la sentenza n. 177 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l' art. 2, commi 1, 2 e 3, della legge della Regione Toscana 7 giugno 2020, n. 82[108] che aveva limitato la realizzazione di impianti fotovoltaici a terra allo scopo di elevare la protezione ambientale. In questo caso, seppur sia vero che la Regione avrebbe introdotto una disciplina maggiormente cautelativa dell'ambiente, ciò sarebbe andato in contrasto con i principi fondamentali della materia "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia", che, pure, deve essere tutelata.

Confrontando le due sentenze, non sembra corretta la tesi di chi individua una contraddizione nella linea interpretativa assunta dalla Corte nella prima sentenza rispetto alla seconda:[109] le soluzioni date ai due casi concreti sono diverse in quanto sono diversi i presupposti su cui si basano. Da una parte è vero che in tema di tutela dell'ambiente vige la cd. "logica incrementale delle tutele", in base alla quale lo Stato può sempre intervenire per innalzare la tutela (come avvenuto nel caso della prima sentenza) e anche la Regione, perché

106 Ulteriore elemento interessante sta nel fatto che la Regione lamentava anche la lesione del principio di leale collaborazione che avrebbe imposto, se non altro, di richiedere un parere (pur non vincolante) obbligatorio alla Regione. Sul punto, però, la Corte precisa che una tale lesione doveva essere fatta valere in precedenza, impugnando la legge nei termini previsti, così da assicurare il rispetto delle disposizioni costituzionali e dell'unità dell'ordinamento giuridico. In altri termini, quello che viene fatto passare come difetto di attribuzione, maschera in realtà un surrettizio difetto di legittimità costituzionale della legge per motivi diversi dalla violazione delle regole sul riparto di competenze.

107 V. *supra*, § 2.

108 Legge recante "*Disposizioni relative alle linee guida regionali in materia di economia circolare e all'installazione degli impianti fotovoltaici a terra. Modifiche alla l.r. 34/2020 e alla l.r. 11/2011*".

109 Il riferimento, nello specifico, è a R. BIN, *Ambiente sempre! Lo dice la Corte costituzionale (ma subito si smentisce)*, in *lacostituzione.info*, 2021; nonché A. FONZI, *L'ambiente nella giurisprudenza costituzionale. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 164 del 2021 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 1 dicembre 2021.

essa «*opera sul piano procedimentale per addizione, e mai per sottrazione, nel senso che la competenza regionale può essere spesa al solo fine di arricchire il catalogo dei beni paesaggistici, in virtù della conoscenza che ne abbia l'autorità più vicina al territorio ove essi sorgono, e non già di alleggerirlo in forza di considerazioni confliggenti con quelle assunte dallo Stato*»[110]. È, tuttavia, altresì vero che la tutela dell'ambiente può scontrarsi con altri interessi e, perciò, in questi casi è bene che la Regione non introduca norme derogatorie (seppur *in melius*) della disciplina di tutela ambientale tracciata dallo Stato, perché ciò comporterebbe uno scostamento dal "punto di equilibrio" individuato tra i due interessi tutelati dall'ordinamento e frutto del faticoso compromesso realizzato in Parlamento.

Ebbene, ad oggi, in relazione alla competenza legislativa, piuttosto che individuare tante linee di indirizzo quante sono quelle usate dalla Corte nei vari casi, forse, sarebbe meglio parlare dell'esistenza di un "*regime di competenza legislativa dinamico*"[111], che deriva dall'interazione tra due regole generali, le quali si lasciano reciproco spazio di azione in base alla circostanza del caso concreto: la prima è la regola della migliore forma di tutela dell'ambiente e la seconda è la regola del miglior bilanciamento tra interessi di pari rilievo[112].

In conclusione e per riassumere, la competenza legislativa regionale in materia di tutela dell'ambiente può essere esercitata, ad oggi, non a due (come inizialmente stabilito dalla Corte), ma a tre condizioni, ovverosia ove la tutela ambientale: *a)* sia «*un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza*»[113] (sia essa concorrente od esclusiva); *b)* sia realizzata per innalzare e mai per diminuire gli *standard* di tutela ambientale e, da ultimo, *c)* non comprometta «*un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato*»[114].

6. Il novellato articolo 9 della Costituzione: i suoi diretti e indiretti riflessi sul riparto di competenza Stato-Regioni e sul rapporto tra Stato ed Unione europea.

Tutto quanto finora esposto non sarebbe completo senza una riflessione sul potenziale impatto della modifica costituzionale dell'art. 9 Cost. a cura della legge costituzionale n. 1/2022 sul riparto di competenze in materia di tutela ambientale. Iniziando da ciò che il nuovo testo dell'articolo 9 Cost. espressamente sancisce, si analizza il terzo comma, dividendolo per convenienza in due parti.

Nella prima parte, tale comma prevede che la Repubblica «*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*.». La collocazione della tutela ambientale tra i valori primari dell'ordinamento,[115] potrebbe indurre a pensare che porti con sé anche un

110 Estratto della prima sentenza analizzata, la n. 164 del 2021.

111 F. BENELLI, *L'Ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa,* cit., p. 181.

112 Per riprendere la già citata sent. n. 378/2007, «*la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni*».

113 Corte Cost., sent. n. 214 del 2008.

114 Corte Cost., sent. n. 145 del 2013.

115 Molto dibattuta è stata la scelta di non attribuire all'ambiente la qualificazione giuridica di "diritto", ma quella, invece, di valore costituzionale. Per una ricostruzione del dibattito si rimanda a S. NERI,

automatico rafforzamento della competenza esclusiva in questa materia in capo allo Stato ma, a ben vedere, l'art. 9 Cost. pone in capo alla «Repubblica» il compito di attuare questa tutela e, come accennato in precedenza,[116] è l'art. 114 Cost. (come modificato nel 2001) ad esplicitare il significato di questa parola: la Repubblica è costituita da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, ciò significando che la tutela dell'ambiente deve essere, comunque, obiettivo di ognuna delle articolazioni della Repubblica[117]. A tal proposito, la Corte Costituzionale, già in una datata sentenza, osservava come il «*fine della tutela del paesaggio* […] *sia imposto alla Repubblica, vale a dire allo stato-ordinamento e perciò, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, a tutti i soggetti che vi operano*».[118] Perciò, almeno in relazione alla tutela dell'ambiente, si esclude che la riforma dell'art. 9 Cost. abbia radicato ancor più la competenza nelle mani dello Stato, posto che, comunque, c'è già una disposizione costituzionale che si occupa del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di ambiente. Anzi, è particolarmente apprezzabile la scelta di affidare alla Repubblica la responsabilità di tutelare l'ambiente, perché in tal modo l'intervento di riforma è coerente con il lavoro interpretativo effettuato dalla Corte con tanta fatica nel corso degli anni e consente quindi di salvaguardare lo spazio di intervento legislativo regionale, nei limiti già descritti.[119] *A fortiori*, si evidenzia che la recente giurisprudenza costituzionale non sembra aver tradito la sua precedente linea di indirizzo,[120] nell'interpretare la nuova disposizione di cui all'art. 9 Cost..[121] La Corte continua, ad esempio, ad affermare la possibilità per la Regione di legiferare sulla materia, pur chiaramente solo innalzando e mai diminuendo i livelli di tutela ambientale imposti dallo Stato: «*i livelli di tutela ambientale posti dal legislatore statale potrebbero essere ampliati e non derogati in senso peggiorativo dal legislatore regionale, secondo quanto più volte affermato dalla giurisprudenza*

L'ambiente in Costituzione: percorso e contenuti della riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente, in *Rassegna Parlamentare*, 1/2022, pp. 51-55.

116 V. *supra*, § 2.

117 L. CARBONE, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in *Federalismi.it*, 19/2004, p. 36 ss.

118 Corte Cost., sent. n. 94/1985.

119 Della medesima opinione anche S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *federalismi.it*, 13/2023, p. 39.

120 Si vedano, ad esempio, tra le sentenze dell'anno 2022, le sentt. nn. 11/2022, 69/2022, 85/2022, 115/2022, 24/2022, 106/2022, 126/2022, 144/2022, 187/2022, 229/2022, 248/2022.

121 Tanti sono i commenti alla giurisprudenza costituzionale recente, tra i quali, ad esempio: L. PRINCIPATO, *Il promiscuo godimento sul territorio regionale nella penombra della competenza legislativa statale*, nota a Corte Cost. n. 236 del 28 novembre 2022, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2022, p. 2668 ss.; G. IOANNIDES, *La competenza statale in materia ambientale come garanzia del riequilibrio socio-economico tra territori*, nota a Corte Cost. n. 191 del 25 luglio 2022, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5/2022, p. 2380 ss.; D. M. TRAINA, *Il principio di non regressione non vale per la tutela del paesaggio. Anzi sì (almeno in parte)*, nota a Corte Cost. n. 135 del 3 giugno 2022, in *Giurisprudenza Costituzionale,* 3/2022, p. 1460 ss.. Più in generale, per una disamina della recente giurisprudenza si rimanda a N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *federalismi.it*, 13/2023, p. 287 ss.; nonché a G. M. SALERNO, *Ambiente e articolazione costituzionale delle competenze tra stato e regioni,* in *Rivista A.I.C.*, 3/2023, p. 169 ss.

costituzionale, sicché l'abbassamento del livello di tutela del paesaggio violerebbe anche l'art. 9 Cost.» (Corte Cost., sent. n. 90 del 09/05/2023).

Ci si sofferma ora, invece, sulla seconda parte del terzo comma del nuovo art. 9 Cost., che inserisce una regola di competenza (scelta alquanto atipica, dato che le regole sulla competenza sono cristallizzate nell'art. 117 Cost. e non tra i primissimi articoli della Carta costituzionale), in base alla quale «*La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*». Con questo inciso sembrerebbe nascere una "nuova" competenza, atta ad introdurre un principio animalista,[122] che ora trova specifico riconoscimento tra i principi costituzionali.

L'innovazione apportata da questa seconda parte del terzo comma è decisamente dirompente, perché la tutela degli animali non viene più collegata ad altri interessi, come, ad esempio, la tutela fornita agli animali in occasione della disciplina delle materie della caccia o della pesca, di cui le Regioni si sono occupate in svariate occasioni.[123] La competenza generale in materia di tutela degli animali è, secondo la lettera dell'art. 9 Cost., prerogativa statale, almeno limitatamente alla disciplina dei *modi* e delle *forme*. Sul punto si evidenzia che, pur essendo questa una disposizione sulla competenza, il legislatore non ha fatto uso delle categorie tipiche della competenza esclusiva, concorrente, residuale e tale formulazione potrebbe lasciare aperta la strada anche a qualche forma di integrazione della disciplina da parte delle Regioni, sebbene indirettamente.[124] Su questo secondo punto si ritiene opportuno soffermarsi, in quanto molti ritengono che tale formulazione escluda di netto la competenza regionale in materia di tutela degli animali.[125] Sicuramente la formulazione dell'articolo in questi termini non lascia ampio spazio di interpretazione estensiva in favore delle Regioni. O almeno, non si conferisce un qualche potere legislativo ad esse in via diretta, anche se con legge statale ben potrà essere stabilito in qualunque momento.

Tuttavia non si ritiene verosimile che la Corte costituzionale interpreti l'articolo come totalmente escludente una potestà legislativa regionale e ciò per due ragioni. Anzitutto anche l'art. 117 Cost. letteralmente stabilisce che la competenza in materia di tutela ambientale sia

---

122 D. GRANARA, *Il principio animalista nella Costituzione,* in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, Sp-2/2023, p. 857 ss.

123 Si rimanda a F. BRUNO, *Pesca e caccia: due materie in trasformazione*, in *Regioni e attività produttive. Rapporto sulla legislazione e sulla spesa: 2005-2007. Il punto sulle materie.*, ISSiRFA "Massimo Severo Giannini" del CNR (a cura di), Giuffrè, Milano, 2008, p. 81 ss.; P. BRAMBILLA, *L'evoluzione del riparto di competenze fra Stato e Regioni in materia di protezione della fauna e di attività venatoria: il valore ambiente contro la materia caccia*, nota a Corte Cost. n. 536 del 20 dicembre 2002, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3-4/2003, p. 525 ss.

124 A segnalare questa possibilità anche S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, cit., p. 40.

125 Si segnala, infatti, che in dottrina vi è chi interpreta quest'ultimo comma in senso più restrittivo, sostenendo che attraverso la nuova formulazione, la Regioni perderebbero totalmente le loro prerogative legislative fino ad ora concesse loro dalla consolidata giurisprudenza costituzionale. Di tale avviso, ad esempio, G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?,* in *Nomos*, 2/2022, pp. 11 e 12, nonché C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico,* in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2/2022, p. 119 ss.

statale esclusiva, eppure il diritto vivente consente un intervento legislativo delle Regioni con i limiti già evidenziati. Dunque, se si interpretasse la parte dell'art. 9 Cost. dedicata alla tutela degli animali in maniera più restrittiva si creerebbe una discrepanza tra la tutela ambientale che il primo comma del novellato art. 9 Cost. affida all'intera Repubblica e la tutela degli animali che, altrimenti, sarebbe affidata esclusivamente allo Stato.[126] In secondo luogo, ove le future leggi statali poste a tutela degli animali non dovessero contemplare un qualche spazio di intervento legislativo regionale, si azzererebbe l'evoluzione interpretativa effettuata dalla Corte costituzionale fino ad ora proprio in materia di tutela degli animali, la quale linea contempla (come per la tutela dell'ambiente) un intervento legislativo regionale a tutela degli animali come riflesso della disciplina di materie di propria competenza[127] ed inoltre tutti gli effetti prodotti dalle leggi regionali sinora emanate - e fatte salve dalla Corte costituzionale perché rafforzative della tutela degli animali - dovrebbero subire una automatica caducazione. Un tale scenario è di difficile realizzazione. Piuttosto, è chiaro che le leggi regionali esistenti dovranno essere interpretate alla luce della fondamentale esigenza di tutela degli animali (non escludendo la possibilità in via generale per le Regioni di aumentarla) ed alla luce delle disposizioni statali che ne saranno poste a disciplina, coerentemente con la linea interpretativa sostenuta dalla Corte costituzionale negli anni passati.[128] È verosimile, dunque, che la Corte confermi la possibilità di esercizio da parte delle Regioni di una competenza legislativa in materia di tutela degli animali, purché soggetta ai limiti di bilanciamento individuati dallo Stato tra principi costituzionali contrapposti e egualmente rilevanti per l'ordinamento.

È interessante notare poi che l'articolo, così come formulato, lascia intendere che la tutela non è necessariamente assoluta né generica, ma sarà lo Stato a doverne stabilire l'entità. Alcuni, a ragione, lamentano un uso scorretto dei termini "modi" e forme", i quali risultano essere molto simili tra loro, a differenza di altre locuzioni più accurate usate in altre disposizioni costituzionali, quali "casi e modi" (artt. 13 e 14 Cost.) o "casi e forme" (artt. 72, 100, 117 Cost.).[129]

Da ultimo, potrebbe essere estremamente interessante valutare l'impatto dell'inserimento della tutela ambientale tra i primi dodici articoli della Costituzione sul rapporto tra diritto

126 Si veda la critica, a tal proposito, mossa da C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2/2022, p. 119 ss., nonché da R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 13/2022, p. 207.

127 A titolo esemplificativo, si cita la sent. n. 7/2019, in cui la Corte costituzionale asserisce: «*si è, pertanto, consolidato il principio secondo cui anche la normativa regionale in tema di specie cacciabili è abilitata a derogare alla disciplina statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, purché, ove quest'ultima esprima regole minime e uniformi di tutela, innalzi tale livello di protezione*». Per un approfondimento sul rapporto Stato-Regioni in materia di caccia si rimanda a G. VIVOLI, *L'autonomia legislativa regionale in materia di caccia nel rispetto degli standard statali di protezione della fauna*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020.

128 *Ivi*, pp. 866 e 867; nonché G. M. PALMIERI, *La natura simbolica del titolo IX* bis *c.p. l'animale come termine di riferimento di legittime oggettività giuridiche: per una più efficace tutela improntata a sussidiarietà,* in *AmbienteDiritto.it*, 2/2023, p. 16.

129 E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 12 ss.

eurounitario ed ordinamento interno allo Stato italiano. È vero, infatti, che la tutela dell'ambiente costituisce un diritto fondamentale tanto per lo Stato italiano quanto per l'Unione europea, ma è anche vero che «*lo stesso* nomen iuris *di un diritto o di un principio fondamentale riconosciuto e garantito sia a livello sovranazionale, sia nell'ordinamento interno, non implica, di per sé, la stessa intensità di tutela*»[130], potendo ben accadere che il singolo Stato membro decida di tutelare in misura maggiore o minore l'ambiente rispetto allo *standard* di tutela stabilito invece sul piano eurounitario.

Fissando l'Unione gli *standard* cui gli Stati devono attenersi, eventuali deroghe *in melius* o *in pejus* possono attualmente essere realizzate, ma rispettando le condizioni previste dagli artt. 114 e 193 TFUE. È pacifico che le condizioni siano più stringenti nel caso in cui le modifiche agli *standard* operino *in pejus*. L'abbassamento della tutela può avvenire solo ove sia temporaneo e eccezionale. Ma che limiti ci sono, se ci sono, per le modifiche *in melius*?

L'art. 114, ai paragrafi 4 e 5, regolamenta l'ipotesi in cui le disposizioni maggiormente protettive dell'ambiente siano di ostacolo al funzionamento del mercato interno o del mercato dell'Unione. Al paragrafo 4, l'articolo stabilisce che queste possano essere *mantenute* da uno Stato membro, a fronte dell'adozione da parte dell'Unione di misure armonizzatrici, solo se «*giustificate da esigenze importanti*». Al paragrafo 5, poi, l'articolo prevede che le misure maggiormente protettive possano essere introdotte *ex novo* dallo Stato solo se «*fondate su nuove prove scientifiche*» e «*giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione*».

L'art. 193 TFUE, invece, regola le ipotesi in cui la misura maggiormente cautelativa dell'ambiente introdotta dallo Stato membro non vada ad incidere sul mercato interno o dell'Unione ma semplicemente innalzi lo *standard* di tutela posto dalla normativa eurounitaria. L'articolo stabilisce che queste misure di tutela maggiore possono essere adottate fintantoché risultino compatibili con il TUE e TFUE (inoltre è necessario che gli Stati notifichino le suddette misure alla Commissione).

È chiaro, dunque, che, fin quando ci sarà tendenziale coincidenza tra obiettivi unionali e statali, il problema di un loro necessario coordinamento non si porrà, e possiamo, verosimilmente, immaginare che ci sarà sempre (posto che il processo di integrazione europea continui in questa direzione) un parallelismo tra intenti ed obiettivi dell'Unione e quelli dei suoi Stati membri. Come ha evidenziato la Corte costituzionale, relativamente al rapporto tra i diritti sanciti dalla nostra Costituzione ed i principi e diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, questi ultimi «*intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*».[131]

---

130 Si prendono a prestito le parole calzanti di Salomoni, tratto dal suo contributo F. SALOMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso* nomen *e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, 8/2019, p.3.

131 Corte Cost., sent. n. 269 del 2017.

Come si colloca la riforma dell'art. 9 Cost. all'interno del quadro dei rapporti tra Unione europea e ordinamento interno, dunque?

Ora che l'ambiente è espressamente individuato quale principio fondamentale tutelato nella Costituzione, non può escludersi che, in futuro, le statuizione di tale principio divenga un potenziale controlimite[132] rispetto ai possibili contrasti tra diritto interno e diritto dell'Unione, che pone in un ben preciso equilibrio le logiche di tutela del mercato interno con quelle di tutela dell'ambiente. Non è detto, infatti, che tale equilibrio sarà sempre condiviso dai suoi Stati membri.[133] Taluno ha ipotizzato che, più in generale, la protezione di un principio fondamentale o di un diritto costituzionalmente garantito possa configurare un controlimite rispetto all'ingresso di determinate norme eurounitarie nel nostro ordinamento, a patto che queste ultime abbiano come effetto quello di tutelare in maniera meno stringente quel determinato diritto rispetto alla tutela offerta invece dall'ordinamento interno.[134]

7. Alcune riflessioni conclusive: la Tutela ambientale da competenza contesa a condivisa.

Tutto quanto sin qui analizzato consente di osservare che, in generale, il riparto di competenza in materia di tutela ambientale è sorretto da equilibri che in questo preciso momento storico hanno raggiunto una, almeno momentanea, stabilità, in parte supportata dall'intervento di riforma costituzionale dell'art. 9 Cost. a cura della l. cost. n. 1/2022.

L'elemento che forse maggiormente caratterizza questa materia rispetto ad altre è l'essenziale apporto dato dalla giurisprudenza costituzionale nel costruire una competenza sempre meno contesa e sempre più condivisa, affermatasi caso per caso, ciò confermando la appropriatezza in questo campo del brocardo latino "*ex facto oritur jus*".

La riforma dell'art. 9 Cost. ha consentito alla tutela dell'ambiente di approdare, alla fine di un processo di sensibilizzazione giuridica e sociale iniziato negli anni '70, al riconoscimento di essa, sia formale che sostanziale, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, che costituiscono «*l'identità costituzionale dello Stato*».[135]

Ciò non è di poco rilievo. Anzitutto, per completare il quadro delineato nel paragrafo precedente, sul piano dei rapporti tra Unione europea e ordinamento interno l'espresso principio della tutela ambientale ben potrebbe divenire parametro per valutare se l'equilibrio

132 Il termine "controlimite" nasce in dottrina, la Corte costituzionale suole piuttosto parlare di "principi supremi dell'ordinamento costituzionale". [A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi.it,* 13 gennaio 2021, si guardi la nota a p. 86.]

133 Per una ricognizione della giurisprudenza italiana sui controlimiti e un approfondimento delle differenze tra controlimiti e principi supremi dell'ordinamento costituzionale si rimanda rispettivamente a G.P. DOLSO, *I controlimiti "comunitari" tra passato e presente*, in *Nomos*, n. 2/2017, pp. 2-27, nonché a C. PINELLI, *Controlimiti e princìpi supremi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1/2019, pp. 491 ss.

134 F. SALOMONI, *op. cit*., p. 5.

135 Si cita quanto affermato dall'Avvocatura generale dello Stato nell'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia e poi in occasione della discussione del caso "Taricco-*bis*". Per un resoconto dell'udienza di discussione del caso, si rimanda a M. ARANCI, *Cronaca da Lussemburgo: l'udienza di discussione nella causa c.d. Taricco-bis*, in *Eurojus.it*, 6 giugno 2017, p. 6.

che l'Unione individua tra tutela dell'ambiente e tutela del mercato sia condiviso anche dall'ordinamento italiano e se sia sufficientemente rispettoso del diritto costituzionale alla tutela dell'ambiente, anche alla luce della parallela introduzione del principio di tutela ambientale nell' «*interesse delle future generazioni*»[136]. Potrebbe certo contestarsi che la tutela dell'ambiente si ricavava già dall'interpretazione estensiva dell'art. 9 Cost. e che quindi l'espressa menzione del diritto costituzionale alla tutela dell'ambiente non apporti, in realtà, grandi novità.[137] A tale obiezione si risponde, però, che l'interpretazione estensiva dell'art. 9 Cost. non è mai rimasta indenne da critiche in dottrina,[138] perché non tiene in giusto conto le strutturali differenze tra i due concetti di «paesaggio»,[139] riguardante il valore estetico-culturale di porzioni del territorio, ed «ambiente». Inoltre, si sottolinea che il diritto costituzionale alla tutela dell'ambiente è emerso attraverso il combinato disposto dell'art. 9 Cost. (che tutela il paesaggio) e degli altri articoli (principalmente l'art. 32 Cost., che tutela il diritto alla salute, ma anche gli artt. 41 e 42 Cost. in conseguenza dei limiti dell'utilità, funzione sociale e della sicurezza da questi ultimi due posti al libero esercizio dell'attività economica privata). Invece la riforma costituzionale introduce il diritto alla tutela dell'ambiente come diritto costituzionale da tutelare in sé e per sé, indipendentemente dalla sua eventuale connessione con altri diritti fondamentali.

In secondo luogo, l'espressa introduzione della tutela del diritto ambientale in Costituzione ha un peso specifico anche nella regolazione futura dei rapporti tra Stato e Regioni: il nuovo terzo comma chiarisce perfettamente che la tutela ambientale è compito affidato alla Repubblica. Attraverso questa esplicitazione, finalmente, la Corte costituzionale potrà dunque interpretare l'art. 117 Cost. a favore di interventi legislativi regionali proprio sulla scorta della presenza della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 9 Cost., che non solo riconosce esplicitamente il valore della tutela ambientale, ma lo individua come obiettivo che la Repubblica - e non solo lo Stato - deve perseguire. Infatti, la collocazione della tutela ambientale tra i primi dodici articoli della Carta costituzionale non può che fungere da parametro interpretativo di tutte le altre disposizioni costituzionali (comprese quelle del Titolo V), le quali dovranno, dunque, leggersi alla luce del novellato art. 9 della Costituzione.[140]

---

136 L'interesse delle future generazioni in materia ambientale è stato recepito dalla giurisprudenza costituzionale dopo la sua introduzione nell'art. 9 Cost.. Più precisamente, con sent. n. 11/2023, è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale relativa ad una legge regionale dell'Emilia-Romagna, che era stata invece adottata, secondo la Corte, propriamente, con la «*consapevolezza della complessità della tutela dell'ambiente, che peraltro oggi trova una specifica valorizzazione, "anche nell'interesse delle future generazioni", nel novellato art. 9, terzo comma, Cost.*».

137 Questa posizione è stata osteggiata, a ragione, da R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2022, p. 2.

138 Di tale avviso, ad esempio, B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, p. 60; S. MANGIAMELI, *L'«ambiente» nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all'assetto di un difficile modello),* cit., pp. 163 e 164.

139 Cfr. A. PREDIERI, Paesaggio, in Enc. Dir., XXXI, Milano, 1981.

140 F. RESCIGNO, *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?,* in *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 24.

LA RIFORMA CARTABIA, FRA OTTIMISMO DELLA VOLONTÀ E PESSIMISMO DELLA RAGIONE.

Anna Lorenzetti

Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo

Abstract. Lo scritto analizza la recente Riforma Cartabia, in particolare per la parte riguardante la giustizia riparativa. Con una riforma definita "organica", infatti, il legislatore ha scelto di creare un corpus autonomo di disposizioni, definizioni, istituti, innestando altresì alcune modifiche nel codice penale, nel codice di procedura penale, nell'ordinamento minorile, nell'ordinamento penitenziario, nella normativa sul giudice di pace. Provando a riepilogare punti di forza e punti di debolezza, il testo propone così una chiave interpretativa che pare in grado di mitigare i rischi potenziali della riforma, così da preservare lo spirito originario della giustizia riparativa nella purezza delle sue pratiche.

Abstract. *The paper analyzes the recent Reform of justice, so called "Cartabia" Reform (from the former Ministry of Justice, Marta Cartabia), in particular the Section regarding restorative justice. With a reform defined as "organic", in fact, the legislator has chosen to create an autonomous corpus of provisions, definitions, institutions, also inserting some changes into the criminal code, the criminal procedure code, the juvenile system, the penitentiary system, and in the legislation on the justice of the peace. Trying to summarize the strengths and weaknesses, the article proposes an interpretative perspective that could mitigate the potential risks of the reform, so as preserve the original spirit of restorative justice in the purity of its practices.*

SOMMARIO: 1. Spunti preliminari. **- 2.** La Riforma Cartabia: un quadro di insieme. **- 2.1.** La Riforma "organica". **2.2.** Gli innesti della Riforma nella disciplina codicistica. **- 3.** La Riforma Cartabia e l'ottimismo della volontà. **- 4.** La Riforma Cartabia nel prisma del pessimismo della ragione. **- 4.1.** Le aporie e le contraddizioni della Riforma: la riservatezza e la confidenzialità, la volontarietà della partecipazione, l'informalità come "regola". **- 4.2.** La generalizzazione della giustizia riparativa e i suoi nodi. **- 4.2.1.** La postura problematica della giustizia riparativa per i reati connessi alla violenza di genere. **- 4.2.2.** Profili organizzativi. **- 4.3.** La lingua e il linguaggio della riforma Cartabia: profili semantici. **- 5.** Spunti per un'interpretazione conforme a Costituzione della Riforma Cartabia.

1. Spunti preliminari.

Come oramai ampiamente noto, nell'ambito di una complessa riforma della giustizia generatasi in ragione della necessità di far fronte alle richieste dell'Unione europea volte a un

maggiore efficientamento e connesse alle scadenze dei fondi del Piano nazionale per la ripresa e resilienza (in sigla, P.N.R.R.)[1], è stata introdotta, per la prima volta in Italia, una riforma c.d. organica della giustizia riparativa[2].

All'indomani di quella che viene oramai comunemente definita "Riforma Cartabia", dal nome dell'allora Guardasigilli, Marta Cartabia, il presente scritto intende proporre una riflessione che tenti di mettere in rilievo le novità introdotte e soprattutto il loro impatto sull'ordinamento interno in ragione dell'imminente messa a regime.

2. La Riforma Cartabia: un quadro di insieme.

La Riforma sulla giustizia riparativa è sostanzialmente "leggibile" attraverso una doppia prospettiva poiché, da un lato, ha previsto un Titolo *ad hoc* che offre una parte definitoria, l'indicazione della tipologia di programmi, le modalità di accesso e gestione dei percorsi riparativi, le strutture di riferimento chiamate a erogare tali servizi e l'ingresso nell'elenco degli operatori abilitati. Dall'altro, essa ha riguardato la normativa codicistica, inserendo massicciamente riferimenti alla giustizia riparativa nel codice penale, nel codice di procedura penale, nelle normative sul giudice di pace e nell'ordinamento penitenziario e minorile[3].

2.1. La Riforma "organica".

Nella parte "organica" della Riforma[4], si rinviene in primo luogo una sezione definitoria, a partire dalla nozione di giustizia riparativa. In linea con le definizioni reperibili nei documenti internazionali, sia pure con qualche lieve difformità terminologica di scarso

1 Non è questa la sede per un adeguato approfondimento, ma basti ricordare che la Riforma ha riguardato sia la giustizia civile, sia quella penale, in un'opera di complessivo ripensamento finalizzato a ridurre le inefficienze, emerse quale ostacolo allo sviluppo economico nei documenti europei e dunque nell'ambito degli impegni assunti dall'Italia con il P.N.R.R. (Piano nazionale per la ripresa e resilienza) che attua il Piano europeo *Next Generation in EU*.

2 V. d.lgs. 10.10.2022, n. 150, di «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Si ricordi che con l'approvazione di un ulteriore atto normativo, l'entrata in vigore è stata sospesa e rinviata al 31.12.2022 (D.-l. 31.10.2022, n. 162 «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali»).

3 Si consideri che nella Riforma Cartabia l'espressione "giustizia riparativa" è contenuta 131 volte.

4 Titolo VI, artt. 42-67, d.lgs. 150/22. Di inquadramento, v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, 2, 2023, 1-23; G. SPANGHER (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pisa, Pacini, 2022; M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-cartabia*.

rilievo[5], questa viene definita come «ogni programma che consente alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore»[6].

Per quanto riguarda i programmi cui è possibile accedere, il decreto di Riforma li elenca, sia pure in modo non tassativo, né esaustivo, richiamando la mediazione e il dialogo riparativo, oltre a «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori»[7], rendendo dunque possibile qualsiasi diversa tipologia come ad esempio la lettera di scuse alla vittima (*Apology*); incontri tra vittime e autori di reati analoghi-resoconti di vittimizzazione (*the Victim/Community Impact Panel*); mediazione allargata ai gruppi parentali e soggetti coinvolti dal reato (*the Community/Family Group Conferencing*; *Conferencing*; *Circles*); consigli commisurativi (*sentencing Circles*); gruppi di ascolto (*Victim Empathy Groups*); attività (lavorativa) a favore della vittima (*Personal Service to Victims*) o della collettività (*Community Services*)[8].

La normativa organica prevede la possibilità di accedere ai programmi in ogni stato e grado del procedimento penale, come pure nell'esecuzione della pena e della misura di sicurezza, a prescindere dalla tipologia di reato e dalla sua gravità, come pure rispetto a qualsiasi autore o vittima[9]. Possono accedervi la vittima del reato, la persona indicata come "autore dell'offesa", altri soggetti appartenenti alla "comunità" come familiari e persone di supporto, o ancora enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, Enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali e chiunque altro vi abbia interesse[10].

Viene poi definita l'ampia accezione di "vittima", ossia «la persona fisica che ha subìto direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»[11] e quella di «persona indicata come autore dell'offesa»; quest'ultima è colei che viene «indicata come tale dalla vittima prima della proposizione della

5 Per un riepilogo, v. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffré, 2017, 465-486. Sul tema, molto hanno scritto Adolfo Ceretti e Claudia Mazzuccato ai cui lavori si rinvia per ogni dovuto approfondimento.

6 Art. 42, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/2022.

7 Art. 53, co 1, lett. a-c), d.lgs. 150/2022.

8 Come noto, non vi è un elenco tassativo poiché si tratta di esperienze nate nella pratica e di assai varia fenomenologia. V. G. MANNOZZI, A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 179-187; A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

9 Art. 44, co. 2. La disposizione precisa come si possa accedere pure dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-*bis* c.p.p., o per intervenuta causa estintiva del reato. Per i reati perseguibili a querela, anche prima della proposizione (art. 44, co. 3).

10 Art. 45, co. 1, lett. d).

11 Art. 42, co. 1, lett. b).

querela», ma anche l'indagato, l'imputato, la persona sottoposta a misura di sicurezza personale, condannata con pronuncia irrevocabile o nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità[12]. La nozione di "familiare" assunta comprende coniuge, parte di un'unione civile o convivente di fatto[13], la persona che è legata alla vittima o alla persona indicata come autore dell'offesa da un vincolo affettivo stabile, nonché i loro parenti in linea retta, fratelli, sorelle e persone a carico[14].

La normativa fissa gli obiettivi dei programmi di giustizia riparativa nella tensione alla promozione del riconoscimento della vittima del reato, alla responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e alla ricostituzione dei legami con la comunità[15], individuando dunque tre finalità tipiche, ossia reintegrativa per l'autore dell'offesa, di cura per la vittima, risanante per la società, al fine di raggiungere il c.d. «esito riparativo»; quest'ultimo viene definito come qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti[16]. L'esito riparativo, che rappresenta una mera eventualità, può essere simbolico o materiale e può comprendere dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi sulla frequentazione di persone o luoghi, risarcimento del danno, restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori[17].

Quanto alla modalità di svolgimento dei programmi riparativi, si richiede la presenza di almeno due mediatori, per i quali è richiesta l'iscrizione al costituendo elenco, secondo quanto regolato dai decreti attuativi della Riforma[18]. Sono poi previste disposizioni circa le diverse fasi dei programmi, dalle attività preliminari allo svolgimento degli incontri, alla disciplina e

12 Art. 42, co. 1, lett. c). In quest'ultimo caso, si precisa che vale anche *ex* art. 344-*bis* c.p.p. o per intervenuta causa estintiva.
13 Art. 1, co. 1 e 36, l. 20 maggio 2016, n. 76.
14 Art. 42, co. 1, lett. d).
15 Art. 43, co. 2.
16 Art. 42, co. 1, lett. e).
17 Art. 56, d.lgs. 150/2022.
18 Art. 53, co. 1, d.lgs. 150/2022. V. d.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa»); d.m. 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività»; d.m. 2 ottobre 2023 riguardante i modelli di domanda per l'iscrizione nell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa.

alla valutazione degli eventuali esiti riparativi, nonché alla relazione e alle comunicazioni all'autorità giudiziaria[19].

Una parte significativa della Riforma riguarda l'assetto organizzativo e istituzionale pensato a garanzia dell'erogazione dei relativi servizi, poiché anche da esso dipenderà l'effettività delle previsioni. Tutte le attività relative alla predisposizione, al coordinamento, alla gestione e all'erogazione di programmi di giustizia riparativa, oltre all'attività formativa saranno gestite dai Centri per la giustizia riparativa[20]. Seguendo tre possibili opzioni, questi potranno essere direttamente gestiti dall'ente locale (principalmente si tratta del Comune capoluogo sede del distretto di Corte d'Appello), con lo svolgimento delle attività da parte di mediatori esperti in servizio, inseriti nei ruoli dell'amministrazione locale; alternativamente, è possibile una esternalizzazione attraverso appalti, per individuare mediatori esperti, o la stipula di una convenzione con i Centri secondo quanto indicato dalla normativa specifica[21]. Centrale è dunque la figura del «mediatore esperto», necessaria per lo svolgimento delle attività[22], professione cui si accede previa formazione iniziale sia di natura pratica, sia teorica, accompagnata da un tirocinio, e realizzata dai Centri stessi, in collaborazione con le Università, cui fa poi seguito la formazione continua [23].

Nel comporre una struttura multilivello, tali centri operano all'interno di una «Conferenza locale», prevista per ogni distretto di Corte d'Appello, nell'ambito di una «Conferenza nazionale», istituita presso il Ministero della Giustizia[24] e a cui è affidato il coordinamento dei servizi attraverso l'esercizio delle funzioni di programmazione delle risorse, di proposta dei livelli essenziali delle prestazioni e di monitoraggio dei servizi erogati [25]. La Conferenza nazionale e le Conferenze locali danno così forma a una rete per la gestione dei servizi di giustizia riparativa in cui la composizione riflette la volontà di integrare conoscenze teoriche ed empiriche, dando vita a un dialogo tra l'amministrazione centrale e quella locale[26].

19 Artt. 54-58, d.lgs. 150/2022.

20 Art. 42, co. 1, lett. g) e artt. 63 ss., d.lgs. 150/2022.

21 Così, art. 64, d.lgs. 150/2022, che richiama gli artt. 55 e 56, d.lgs. 117/2017, c.d. Codice del terzo settore.

22 V. art. 64, co. 3, d. lgs. 150/2022 che richiama l'elenco *ex* art. 60, d.lgs. 150/2022.

23 V. art. 59, d.lgs. 150/2022 e Dm 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione». V. art. 60, d.lgs. 150/2022 e Dm 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti», per quanto riguarda le modalità di iscrizione.

24 V. art. 63, co. 5, d.lgs. 150/2022. La nomina degli esperti che compongono la Commissione è avvenuta con d.m. 25 luglio 2023 e ha individuato Alessio Lanzi, professore emerito di diritto penale presso l'Università di Milano-Bicocca; Giovanni Lodigiani, professore a contratto di giustizia riparativa e mediazione penale presso l'Università dell'Insubria; Vittorio Manes, professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Bologna; Nicola Mazzacuva, professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Bologna; Claudia Mazzuccato, professoressa associata di diritto penale presso l'Università Cattolica di Milano; Anna Sanchez, psicologa.

25 V. art. 61, co. 1, d.lgs. 150/2022.

26 V. art. 61, d.lgs. 150/2022. Alla «Conferenza nazionale», prevista a livello centrale e presieduta dal Ministro della giustizia o da un suo delegato, partecipano - con un incarico biennale, rinnovabile per un ulteriore biennio e completamente gratuito - un rappresentante per ogni Regione o Provincia autonoma, un rappresentante della Cassa delle ammende e sei esperti con funzioni di consulenza tecnico-

Annualmente, la Conferenza nazionale dovrà altresì redigere una relazione sullo stato della giustizia riparativa in Italia, che sarà presentata al Parlamento dal Ministro della giustizia [27]. Alle Conferenze locali, è invece richiesta la ricognizione dei Centri e dei servizi che, alla data di entrata in vigore della normativa, svolgevano attività di giustizia riparativa in materia penale sul territorio[28], la valutazione della coerenza delle prestazioni fornite e dei requisiti degli operatori, secondo quanto indicato nel decreto rispetto alla pregressa competenza e formazione e ai fini delle prime attivazioni da parte degli enti locali[29], nonché la redazione di un elenco di esperti a cui attingono gli enti locali[30]. Di tali Centri, vero «motore di questa riforma» [31], è soltanto fissato il numero minimo, sulla base dei distretti di Corte d'Appello e in ragione delle esigenze che un territorio manifesta.

A tali strutture, sono affidate le attività previste nell'ambito delle competenze del giudice di pace[32] che, per favorire la conciliazione, quando il reato è perseguibile a querela, può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi, potendosi avvalere, ove occorra, anche delle loro attività. Viene così superata la precedente disposizione secondo cui il ricorso al mediatore dipendeva dall'eventuale esistenza di Centri di mediazione del privato, del privato sociale o dell'ente pubblico, aspetto che comunque generava una profonda differenza su base territoriale totalmente indipendente dalla volontà delle parti[33]. Ai Centri è poi assegnato un ruolo centrale nell'erogazione della formazione necessaria all'inserimento dei mediatori e dei mediatori esperti formatori nell'elenco; si tratta di un'attività che compete loro

scientifica, scelti dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'università e della ricerca, tra personalità di riconosciuta competenza ed esperienza nell'ambito della giustizia riparativa, tenuto conto della necessità di assicurare una equilibrata rappresentanza di mediatori esperti e di docenti universitari.

Le Conferenze locali sono composte soltanto da enti pubblici quali Ministero della giustizia; Regione o Provincia autonoma; Provincia o Città metropolitana; Comuni sedi di uffici giudiziari compresi nel distretto di corte d'appello; ogni altro Comune compreso nel distretto di corte d'appello presso il quale sono in atto esperienze di giustizia riparativa. Si tratta di un organismo presieduto dal Presidente della Regione o della Provincia autonoma o da un loro delegato oppure, se il distretto si estende sul territorio di più di una Regione, dal Presidente della Regione in cui ha sede l'ufficio di Corte d'appello o da un suo delegato. Per le modalità di funzionamento, v. art. 63, co. 2, d.lgs. 150/2022.

27 V. art. 61, co. 3 e 4, d.lgs. 150/2022. Questa deve essere convocata annualmente da parte del Ministro della giustizia o da un suo delegato, nella modalità della videoconferenza.

28 V. art. 92, co. 1, d.lgs. 150/2022.

29 V. art. 92, co. 2, d.lgs. 150/2022.

30 V. art. 66, co. 1, d.lgs. 150/2022.

31 V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 22, secondo cui, richiamando la relazione tecnica allegata al decreto 150, «le risorse economiche permetteranno, al più, l'istituzione di due Centri per ogni Corte d'Appello, salvo ovviamente investimenti aggiuntivi da parte degli stessi enti locali che, in tempi di vacche magre, sono da escludersi».

32 V. art. 72, d.lgs. 150/2022.

33 V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 1-23.

in alcuni casi in via esclusiva[34], in altri «in collaborazione paritetica» con le Università[35], in altri casi ancora riconoscendo l'interlocuzione con gli Atenei che con essi devono previamente concordare anche le attività a questi ultimi assegnate[36]. Anche rispetto all'elenco dei mediatori esperti, è richiesta una collaborazione alle nuove strutture per quanto riguarda le attività di analisi, di monitoraggio e nella trasmissione al Ministero, presso cui tale elenco è istituito[37], dei dati annuali riguardanti il numero totale di mediatori esperti di cui si sono avvalsi, dei programmi svolti, della loro tipologia, durata ed esito, distinti per Conferenze locali di riferimento[38].

La legge prevede inoltre che nello svolgimento dei servizi per la giustizia riparativa i Centri assicurino i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni[39], la cui individuazione è rimessa a una successiva intesa assunta nella Conferenza unificata Stato-città e autonomie locali[40], in conformità ai principi e alle garanzie stabilite dalla normativa stessa, nel limite delle disponibilità del fondo previsto[41]. Una volta definito l'elenco delle prestazioni, essenziale per la piena funzionalità della riforma, saranno così poste le basi per garantire una uniformità di massima sull'intero territorio nazionale, superando quella problematica caratterizzazione "a macchia di leopardo" che sinora ha connotato tali attività.

Nella normativa, che disciplina attentamente il trattamento dei dati personali[42], si richiede che alle attività - sia a livello centrale, sia locale - si provveda con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica[43], ma sono previsti alcuni finanziamenti per i Centri[44], con la possibilità per

34 D.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione». Tra le attività in capo ai Centri, vi sono quelle relative alla formazione pratica iniziale (art. 6) e al tirocinio (art. 7) che spetta loro assicurare tramite i mediatori esperti (art. 93, co. 2; art. 8, d.m. 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti»).

35 Sono invece assegnate ai Centri, in collaborazione paritetica con le Università, le attività di formazione teorico-pratica dei mediatori esperti, quelle relative alla formazione continua, alla formazione iniziale e continua dei mediatori esperti formatori, nonché l'istituzione dei percorsi formativi nel loro complesso. Artt. 3, co. 2, 9, 10, 11, 12, d.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione».

36 V. artt. 3, co. 5, e 10, co. 4, d.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione», in cui si fa riferimento al concordare previamente con i Centri alcune attività in capo agli Atenei.

37 Art. 3, d.m. 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti».

38 Art. 20, rubricato «Monitoraggio», d.m. 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti».

39 V. art. 64, co. 1, d.lgs. 150/2022, che richiama gli artt. 55 e 56 del d.lgs. 117/2017.

40 V. art. 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

41 V. art. 62, d.lgs. 150/2022.

42 V. art. 65, d.lgs. 150/2022. Sul tema del trattamento dei dati, v. l'attenta regolazione introdotta dal d.m. 25 luglio 2023, n. 97.

43 V. art. 61, co. 6 e art. 63, co. 6, d.lgs. 150/2022.

44 Nel bilancio previsionale del Ministero della giustizia, è stato istituito un Fondo per il finanziamento di interventi in materia di giustizia riparativa, con una dotazione di 4.438.524 euro annui, a decorrere dall'anno 2022. È specificato poi che, ogni anno, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con

Regioni e Province autonome, Città metropolitane, Province, Comuni e Cassa delle Ammende, di concorrere al finanziamento dei programmi di giustizia riparativa, ovviamente nel quadro delle rispettive politiche e competenze e nei limiti delle proprie risorse di bilancio[45].

La Riforma richiama il dovuto rispetto della conformità dei programmi di giustizia riparativa ai principi europei e internazionali e alle garanzie previste[46]. Ci si riferisce in particolare ai requisiti della partecipazione attiva e volontaria al programma, della pari considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa e del coinvolgimento della comunità, oltre alla riservatezza circa le dichiarazioni e le attività svolte, alla ragionevolezza e proporzionalità degli eventuali esiti riparativi consensualmente raggiunti, all'indipendenza dei mediatori e alla loro "equiprossimità" rispetto ai partecipanti al programma e, da ultimo, alla garanzia del tempo necessario allo svolgimento del programma stesso, riconoscendo così l'impossibile standardizzazione dei percorsi[47]. È inoltre garantita la gratuità del percorso per i partecipanti, così da non generare disparità in ragione delle condizioni economiche[48].

L'unico limite espressamente previsto nell'accedere ai programmi di giustizia riparativa risiede nella presenza di un pericolo concreto per i partecipanti.

Quanto alle garanzie, la Riforma prevede il diritto di essere informati circa la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili, in una lingua comprensibile (diversamente prevedendosi la possibilità di un'assistenza linguistica)[49] e si precisa inoltre come le informazioni sui programmi disponibili, sulle modalità di accesso e di svolgimento, sui potenziali esiti e sugli eventuali accordi tra i partecipanti, debbano essere effettive, complete e obiettive[50]. Quanto alla volontarietà della partecipazione ai programmi, è previsto che il consenso sia personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta, nonché sempre revocabile anche per fatti concludenti[51]. Rappresenta un punto fermo il dovere di riservatezza in capo al mediatore e all'operatore del Centro per la giustizia riparativa[52], che si affianca alla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma che non possono essere utilizzate nella fase dell'esecuzione della pena, salva la comunicazione della relazione all'autorità giudiziaria [53]. Tale disposizione

---

il Ministro dell'economia e delle finanze, acquisito il parere della Conferenza unificata Conferenza Stato-città ed autonomie locali, sarà stabilita la quota da trasferire agli enti locali coinvolti per il funzionamento dei Centri per la giustizia riparativa e per la prestazione dei relativi servizi, nel limite delle disponibilità del fondo stesso (art. 67, co. 1, d.lgs. 150/2022). Con un successivo atto, la dotazione del fondo è stata incrementata di ulteriori 5 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2023 (art. 1, co. 859, L. 29 dicembre 2022, n. 197).

45 V. art. 67, co. 2, d.lgs. 150/2022.

46 Art. 53, co. 1, d.lgs. 150/2022.

47 Art. 43, co. 1, lett. h), d.lgs. 150/2022.

48 Art. 43, d.lgs. 150/2022.

49 Art. 49, d.lgs. 150/2022.

50 Art. 47, d.lgs. 150/2022.

51 Art. 48, d.lgs. 150/2022.

52 Art. 50, d.lgs. 150/2022.

53 Art. 51, d.lgs. 150/2022.

è rafforzata dalla tutela del segreto per il mediatore che non può essere obbligato a deporre davanti all'autorità giudiziaria, né a rendere dichiarazioni sugli atti compiuti, sui contenuti dell'attività svolta, sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, sulle informazioni apprese nel corso del programma di giustizia riparativa; fa eccezione il caso in cui vi sia il consenso dei partecipanti o quando la comunicazione sia assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati e le dichiarazioni integrino di per sé reato[54]. La stessa disposizione prevede peraltro il divieto di sequestrare, presso i mediatori e nei luoghi in cui si svolge il programma, carte o documenti che lo riguardano, salvo che costituiscano corpo del reato; vige altresì il divieto di intercettare conversazioni o comunicazioni nei luoghi in cui si svolge il programma, oltre a conversazioni o comunicazioni dei mediatori che abbiano a oggetto fatti conosciuti per ragione o nel corso del programma medesimo. I risultati dei sequestri e delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni eseguiti in violazione di tale divieto non potranno comunque essere utilizzati, salvo costituiscano corpo di reato o, nel caso di intercettazioni, abbiano a oggetto fatti sui quali i mediatori abbiano deposto o che abbiano in altro modo divulgato.

2.2. Gli innesti della Riforma nella disciplina codicistica.

Se una parte della Riforma contiene una disciplina organica, una ulteriore parte è intervenuta con modifiche piuttosto massicce alle normative di carattere generale. Nel codice penale è stata inserita una nuova circostanza attenuante comune in caso di partecipazione a un programma riparativo con la vittima concluso con un positivo esito[55]; la giustizia riparativa è poi stata prevista come nuova ipotesi di remissione tacita della querela in presenza di un esito positivo e quando venga svolta la prescrizione eventualmente prevista[56]; anche alla sospensione condizionale della pena, alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e alla estensione della particolare tenuità del fatto è aggiunta l'ipotesi della giustizia riparativa che costituisce peraltro un nuovo caso di estinzione del reato a seguito delle condotte riparatorie[57].

Quanto al codice di procedura penale, prevedendosi il possibile accesso a programmi riparativi in ogni stato e grado del procedimento, risultano modificate le disposizioni riguardanti ogni fase[58]; inoltre, è risultata modificata la disciplina del giudizio di fronte al giudice di pace [59], dell'ordinamento minorile[60], dell'esecuzione della pena nei confronti di

54 Art. 52, d.lgs. 150/2022.

55 Peraltro, si indica soltanto il riferimento alla vittima, senza però precisare se sia possibile anche con la vittima a-specifica; a prima lettura, deve così ritenersi, posto che diversamente vi sarebbero profili di incostituzionalità, venendo a dipendere una circostanza attenuante dalle scelte di un privato.

56 Art. 152 c.p. Si può ipotizzare che questo sarà il campo applicativo più ampio. Di fatto, sembra prefigurato un automatismo per cui il giudice prenderà atto dell'esito riparativo positivo, percorso extraprocessuale e non tipizzato.

57 V. rispettivamente, artt. 62, 152, 163, 168-*bis*, 131-*bis*, 162-*ter* c.p.

58 Artt. 90-*bis*, 129-*bis*, 293, 386, 408, 409, 415-*bis*, 419, 429, 447, 460, 464-*bis*, 552, 656, 660 c.p.p.; 45-*ter* disp. att. c.p.p.

59 Art. 29, d.lgs. 274/2000.

60 Art. 27, D.P.R. 448/1988.

soggetti minorenni[61] e dell'ordinamento penitenziario, in particolare ai fini dell'assegnazione al lavoro esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, nonché della liberazione condizionale[62].

È anche importante tracciare un rapido riferimento a un'interconnessione con la riforma civilistica, posta la contiguità, semantica, rispetto alla mediazione familiare che viene espressamente vietata[63].

3. La Riforma Cartabia e l'ottimismo della volontà.

Una volta illustrato, sia pure a grandi linee, l'ingresso della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano, appare utile (tentare di) sistematizzare alcuni profili a partire da una loro articolazione all'interno della dicotomia - di gramsciana memoria - che contrappone il pessimismo della ragione all'ottimismo della volontà.

Certamente, l'aver introdotto una riforma organica rappresenta un importante punto di svolta, in primo luogo, sul piano del riconoscimento di un nuovo paradigma e quale riferimento teorico e pratico differente rispetto alla giustizia tradizionalmente intesa che a essa si affianca. Stando a quanto esplicitato, la Riforma ha infatti optato per un modello non alternativo ma complementare rispetto alla giustizia tradizionale, sia pure con gli inserimenti sopra richiamati nella disciplina codicistica che possono talvolta condurre all'estinzione del processo, del reato e della pena.

Non può dunque escludersi che le attuali inefficienze della giustizia possano trovare nella Riforma quanto meno delle vie di mitigazione[64], direzionando la risposta statale al crimine in termini di maggiore umanizzazione della pena e, più in generale, verso il superamento della pena come "raddoppio del male"[65], così valorizzando il senso costituzionale della punizione

61 Artt. 1 e 1-*bis*, d.lgs. 121/2018.

62 Tre sono state le modifiche, con la previsione della possibilità dell'invio, da parte dell'autorità giudiziaria, dei condannati e degli internati al Centro per la giustizia riparativa, previa adeguata informazione e su base volontaria (art. 15-*bis* o.p.), in qualsiasi fase dell'esecuzione; è poi previsto un riferimento espresso al favorire il ricorso a programmi di giustizia riparativa (art. 13, co. 3-*bis*, o.p.), nonché in tema di affidamento in prova ai servizi sociali per cui, ai fini della valutazione del periodo, si considera anche lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo (art. 47, co. 12, o.p.).

63 Art. 473-*bis*.43 c.p.c., «Mediazione familiare» e art. 473-*bis*.40 c.p.c., rubricato «Ambito di applicazione».

64 Così ritengono M. GIALUZ, M. PASSIONE, *Nessuna forzatura, nessuna "mistica della vittima": garanzie e diritti non sono toccati*, in *Il Dubbio*, 30 ottobre 2023, 5, che parlano della giustizia riparativa come di un «paradigma complementare… sorto come un fatto sociale per rispondere alle insufficienze e alla crisi profonda della giustizia tradizionale», a fronte del fatto che né il processo né la pena riuscirebbero a mantenere le promesse degli articoli 2, 3 e 27 della Costituzione.

65 Tale espressione ricorre nel titolo di un'opera di M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 56, 1162-1218. Ma appare fondamentale ricordare l'imponente produzione di Luciano Eusebi, che al tema ha dedicato pagine straordinarie. *Inter alia*, v. il volume da lui curato *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita & Pensiero, 2015; *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in ID., (a cura di),

più di quanto oggi accada. In tal senso, si coglie appieno l'antagonismo verso forme di «populismo penale»[66] che sempre più caratterizzano il sistema interno e a cui la Riforma potrà opporsi. Potrebbe così dirsi intrapresa la via per un ripensamento del diritto penale che si accompagni a una nuova centralità riconosciuta alla vittima, in passato afona nel processo penale e a un ruolo-chiave assegnato al mediatore fino a oggi confinato nel volontariato. In ragione delle proprie competenze e dell'esperienza maturata, egli si trova oggi a svolgere un ruolo centrale nella valutazione dell'*an*, del *quando*, del *quomodo*, anche rispetto al chi coinvolgere nel programma. Il percorso formativo previsto per l'accesso all'elenco mira, negli auspici, a garantire una adeguata preparazione ed esperienza, senza però che la figura sia professionalizzata, posta la scelta di costituire un elenco e non un vero e proprio "albo" professionale.

La Riforma ha pure avuto l'effetto di sistematizzare una serie di pratiche nate nell'informalità più assoluta e che avevano dipinto uno scenario "a macchia di leopardo", ricordando come in molti territori lo stesso ricorso alla mediazione era problematico per l'assenza dei Centri di mediazione[67]. Tale aspetto non era peraltro esente da criticità, poiché tracciava una profonda differenza nelle possibilità di accedere a programmi riparativi totalmente indipendente dalla volontà delle parti ma soltanto in ragione dalla collocazione geografica[68]. Di certo, l'aver introdotto un quadro normativo di riferimento e la previsione di livelli essenziali nelle prestazioni di un nuovo servizio pubblico garantirà, quanto meno negli auspici, una uniformità di massima sul territorio nazionale nell'offerta dei servizi e nell'accesso ai programmi riparativi, per quanto ciò non sembri rappresentare un esito scontato ma che anzi andrà verificato nella fase attuativa. Indubbiamente condivisibile è poi l'aver affermato, per tale via, la dimensione pubblicistica della giustizia riparativa sottraendola alla totale informalità di pratiche, spazi e operatori, sia pure con la necessità di sottolineare alcuni aspetti su cui si tornerà a breve.

Ancora, tra i punti di forza, è stata ricordata la dimensione dialogica che la Riforma ha reso possibile fra esperti e pratici della giustizia riparativa, rappresentanti degli ordini professionali

---

Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale, Milano, Vita & Pensiero, 2015, pp. 3-20; *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., pp. 97-118; *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Antigone*, 2012, pp. 44 ss.; *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.* (dal 2012 *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*), 4-5, 2011, pp. 1085 ss.; *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1157 ss.; *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2002, pp. 76 ss.; *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1997, pp. 813 ss.; *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990; *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss.

66 V. S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, Cedam, 2015.

67 V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 1-23.

68 V. il Rapporto dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La giustizia riparativa in ambito penale minorile. Indagine nazionale su effetti, programmi e servizi*, Roma, 2023, disponibile sul sito dell'Autorità.

forensi e delle alte cariche della magistratura ma anche di teorici studiosi della materia[69], per quanto, anche in tal senso, siano stati rilevati alcuni aspetti critici, posta la poca consapevolezza che possono vantare tali attori di cui è previsto il coinvolgimento quanto alla ricognizione delle esperienze già esistenti alla data di entrata in vigore della Riforma, finalizzata la mappatura dei Centri che la normativa richiede[70].

4. La Riforma Cartabia nel prisma del pessimismo della ragione.

Accanto a una ventata di sicura novità e di possibili effetti positivi, la Riforma Cartabia pone anche una serie di questioni problematiche, in parte già emerse quando ancora la giustizia riparativa era confinata nell'informalità delle pratiche o, al più, rimessa alla *soft law* sovranazionale. L'istituzionalizzazione della giustizia riparativa ha però generato anche nuovi interrogativi, per il suo necessario confronto con i pre-esistenti meccanismi giudiziari e giurisdizionali rimasti sostanzialmente immutati e che oggi si ritrovano nella necessità di un confronto costante con prospettive inedite, i cui effetti saranno da valutare nelle applicazioni pratiche.

4.1. Le aporie e le contraddizioni della Riforma: la riservatezza e la confidenzialità, la volontarietà della partecipazione, l'informalità come "regola".

Nel tentativo di sistematizzare gli aspetti almeno potenzialmente critici, è importante, in prima battuta, segnalare una serie di aporie e contraddizioni che la Riforma sembra palesare, a partire dalla difficoltà di conciliare l'asserita riservatezza e confidenzialità degli incontri, rispetto all'esito riparativo e alla relazione del mediatore destinata a essere trasmessa all'autorità giudiziaria. Nella consapevolezza delle modalità di azione dei mediatori che, sulla carta, di certo offrono garanzie in tal senso, non può però non rilevarsi la inconciliabilità, o quanto meno la non scontata conciliabilità, fra l'idea di una relazione che mantenga la riservatezza su quanto emerso nei programmi riparativi e la produzione di un documento che possa avere un'utilità processuale per "attestare" il percorso compiuto dalla persona sottoposta a indagini, imputata, condannata, supportando il giudice nella propria decisione.

Così, anche quanto alla previsione che consente l'invio d'ufficio, da parte dell'autorità giudiziaria, di vittima e persona indicata come autore dell'offesa, rispetto alla asserita volontarietà circa l'ingresso in programmi di giustizia riparativa. Come possa realmente dirsi garantita la volontarietà di fronte a un invio d'ufficio (da parte del giudice o anche del pubblico ministero se nella fase delle indagini[71]) appare uno degli aspetti maggiormente problematici che fa gravare sui mediatori l'onere di filtrare attentamente i casi che giungeranno alla loro attenzione, così da evitare che l'accesso ai programmi sia il frutto della pressione dell'apparato

69 R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, in G. SPANGHER (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pisa, Pacini, 2022, 780.

70 V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 1-23.

71 O. MAZZA, *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore e il diritto a un giusto processo*, in *Il Dubbio*, 21 settembre 2023; l'autore critica anche il fatto che il p.m., chiedendo l'accesso a un programma nella fase delle indagini, di fatto imponga (o comunque condizioni) una scelta processuale.

giurisdizionale sulla persona interessata e che esso, in specie nel caso della vittima, possa generare forme di vittimizzazione secondaria.

Anche all'indomani della Riforma, ci sono poi alcune questioni problematiche che, già presenti in precedenza, sono rimaste sostanzialmente immutate. Un primo aspetto riguarda la figura del giudice che si ritrova al cospetto di una vicenda poco nota e di una modalità di gestione che vede i programmi riparativi svolgersi all'esterno del processo e con "regole" proprie[72], molto distanti da quelle tipicamente proprie della giurisdizione. La sua posizione ne risulta per un verso indebolita e per altro rafforzata. Dal primo punto di vista, il giudice vede modificato il proprio ruolo, posto che la risoluzione delle «questioni che derivano dall'offesa» è in capo al mediatore; il giudice ne risulta in qualche modo de-responsabilizzato, poiché spetterà sì a lui decidere ma sulla base dell'esito riparativo valutato da altri, senza peraltro alcuna possibilità di verifica circa la fondatezza di quanto raccolto nella relazione. Da altro punto di vista, può ritenersi che i poteri del giudice risultino ampliati dalla Riforma posto che egli ha l'esclusivo potere di filtrare l'invio presso i Centri e di valutare l'alternativa alla pena classica da proporre alla persona imputata, essendo valorizzato il ricorso alla riparazione personale o prestazionale, al recesso attivo, all'oblazione speciale, alle condotte riparatorie che privilegiano la riparazione rispetto alla punizione, spesso attraverso il ricorso agli strumenti civilistici.

Quanto lo scenario delineato sia rispettoso dei principi in materia di giurisdizione, in base ai quali essa viene esercitata da chi è incardinato all'interno della magistratura, è da verificare, ma di certo occorre sin d'ora ricordare come vada guardata con sospetto la tensione rispetto alla riserva di giurisdizione e, in generale, ai principi in tema di *ius dicere*, tra cui centrali il contradittorio e il diritto alla difesa, dunque le regole sul giusto processo[73]. Non può di certo dubitarsi di come, a prescindere dall'esito raggiunto dal programma, il giudice resti in ogni caso svincolato nella costruzione del percorso che porta al formarsi del suo libero convincimento; altrettanto certamente, però, la Riforma chiede un costante confronto con nuovi innesti provenienti dall'esterno, confronto che non potrà essere eluso ricordando che il giudice non ha alcun potere di verifica, né di intervento quanto alle modalità e ai partecipanti ai programmi, come pure rispetto all'esito riparativo individuato.

È peraltro dotato di un'autonoma problematicità il fatto di garantire che l'esito negativo del programma o la mancata partecipazione non influenzino la decisione. Per quanto sia così affermato dalla normativa[74], pare difficile offrire la piena garanzia sul piano pratico, sia perché le persone potrebbero venir meno a quel dovere di riservatezza che viene affermato nella Riforma, sia perché esso stesso non è affermato in termini assoluti. La normativa, infatti, non vieta al mediatore di testimoniare in giudizio, ma soltanto riconosce che non possa esservi

72 R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei percorsi di giustizia riparativa*, *https://www.sistemapenale.it/it/articolo/muzzica-ruolo-autorita-giudiziaria-giustizia-riparativa*.

73 O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. Pen.*, 2022, 2, 26.

74 Secondo l'art. 58, co. 2, d.lgs. 150/2022, infatti, in «ogni caso, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa».

obbligato, comunque lasciando aperto un vistoso spiraglio che mette a rischio la tenuta del sistema della giustizia riparativa, la quale si basa proprio sulla confidenzialità degli incontri e sulla riservatezza. Anche ipotizzando che il mediatore rispetti sempre la deontologia del proprio operare, non possono comunque darsi per scontate la riservatezza e confidenzialità di chi partecipi al programma, ad esempio quale vittima o quale osservatore; di conseguenza, non si può escludere che nel giudizio venga riportato quanto appreso negli incontri pure se asseritamente circondato dalla confidenzialità e dalla riservatezza. Se certamente l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma è garantita sul piano formale, permane dunque il non secondario rischio che, sul piano materiale, così non sia, posto che non sono previsti meccanismi volti a evitare qualsiasi influenza, ad esempio, imponendo la totale incompatibilità a testimoniare di mediatori o partecipanti al programma o la modifica del collegio giudicante in caso di dichiarazioni rese in udienza violando la riservatezza e confidenzialità degli incontri. In aggiunta, la garanzia circa la non utilizzabilità delle dichiarazioni è imperfetta poiché è ipotizzabile che, se messo a conoscenza di fatti e vicende emerse negli incontri, il giudice comunque se ne faccia influenzare, essendo ben distinte la non utilizzabilità giuridica e la non utilizzabilità materiale e anche ricordando che egli è messo a conoscenza dell'andamento del programma[75]. Allo stesso modo, anche circa la protezione dei luoghi da intercettazioni si sarebbero potute spiegare garanzie ben più solide, ad esempio, estendendola ai temi trattati, posto che l'attuale formulazione potrebbe consentire, sul piano materiale, l'ingresso nel processo, di quanto appreso in occasione dei programmi riparativi ma raccolto al di fuori dei luoghi in cui i programmi si sono svolti.

Sembra poi profilarsi una ulteriore contraddizione, vale a dire la difficoltà di conciliare la tendenziale assenza di regole operative e metodologiche e la loro difficile standardizzazione, rispetto a una disciplina «organica» che riguarda anche lo svolgimento dei programmi[76]. Posto che tali aspetti rappresentavano un punto di forza della giustizia riparativa, occorrerà vigilare attentamente affinché la previsione normativa, che comunque ha irrigidito le modalità applicative, non ne contamini l'originaria purezza. Ancora, è certamente vero che la Riforma prevede, sulla carta, tempi congrui rispetto allo svolgimento dei programmi[77], ma è altrettanto vero che, dovendosi inserire nelle classiche dinamiche processuali e potendole fortemente condizionare, vi potrà di certo essere una contaminazione in tal senso anche su pressione del giudice cui gli esiti del percorso possono occorrere per formare il suo libero convincimento e giungere a una decisione.

Palese è poi il rischio, generato dalla Riforma, di una confusione rispetto ai rimedi civilistici come la restituzione o il risarcimento del danno, posta la profonda distanza che sussiste fra tali istituti e che, paradossalmente, sembra essersi ridotta, per i confini sfumati che derivano dall'essere richiamati all'interno di una elencazione unitaria che richiama anche gli strumenti

75 L'art. 57, co. 2, d.lgs. 150/2022, stabilisce infatti che «Il mediatore comunica all'autorità giudiziaria procedente anche la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo».
76 Artt. 53 ss., d.lgs. 150/2022.
77 Art. 43, co. 1, lett. h), d.lgs. 150/2022.

della giustizia riparativa. Il rischio che si intenda come esito riparativo un mero ristoro civilistico non è secondario e va guardato con sospetto, posto che svuoterebbe di significato l'originaria purezza della giustizia riparativa e ne svilirebbe il potenziale.

4.2. La generalizzazione della giustizia riparativa e i suoi nodi.

Un ulteriore aspetto problematico della Riforma si profila poi a partire dalla scelta di rendere possibile la giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale, come pure nell'esecuzione della pena e della misura di sicurezza, a prescindere dalla tipologia di reato, dalla sua gravità e dunque dalla sanzione edittale, per qualsiasi autore e vittima, superando così le dimensioni riparative già presenti nell'ordinamento.

Proprio a partire da tale ultimo aspetto è interessante verificare come ne risulti coinvolto il minore che si vedrà raggiunto dalla possibilità, sia quale vittima, sia quale persona indicata come autrice dell'offesa, di richieste di ingresso in programmi riparativi; in particolare, può ipotizzarsi che l'avere rimesso la scelta in capo al mediatore in caso di dissenso da parte di chi eserciti la responsabilità genitoriale e del curatore non tardi a mostrarsi come aspetto problematico. Di certo, ciò rappresenta l'ennesima conferma della incondizionata fiducia riposta dal legislatore del 2022 nella figura del mediatore, cui si affidano compiti di enorme delicatezza e della cui professionalità a così ampio raggio non si dubita mai e in nessun caso, non prevedendosi ad esempio nessuna possibilità di "impugnare" o comunque contestare le modalità di gestione del programma, la non ammissione a esso, come pure quanto raccolto nella relazione. Discorso analogo a quello dei minori occorre fare per coloro che sono portatori di fragilità o non pienamente capaci di intendere e di volere, restando indifferente il ruolo che rivestono nella supposta vicenda criminosa, se vittima o "autore". La scelta molto netta della Riforma è stata infatti quella di non escludere in nessun caso la possibilità di accedere a programmi riparativi e di lasciare al mediatore ogni valutazione in merito, fatto salvo il filtro rappresentato dal giudice, senza però che sembri risolto quell'ossimoro rappresentato dalla libera e consapevole adesione al programma e uno stato di incapacità o di non piena capacità di intendere e di volere dei protagonisti della vicenda.

Il non aver escluso alcune tipologie di reato sembra poi scelta gravida di conseguenze in ragione della specificità di talune vicende criminose. Due paiono i casi paradigmatici e riguardano i reati espressione di violenza di genere e quelli che si collocano nell'ambito della criminalità organizzata, specificamente di stampo mafioso. Tale ultima casistica dovrà di certo essere circondata da particolari cautele posta la specificità del contesto, spiccatamente connotato da dinamiche di potere radicate sul piano sociale che richiedono una peculiare competenza, anche in questo caso data per scontata in capo al mediatore[78]. Si consideri poi l'elevato tasso di problematicità che potrà derivare dalla richiesta di ammissione ai programmi riparativi da parte di coloro che stanno espiando la pena nei circuiti c.d. di "alta sicurezza" o in regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* o.p. (c.d. "carcere duro"), posta la difficoltà materiale

78 Così si è espresso pubblicamente Francesco Menditto, Procuratore della Repubblica di Tivoli, nel corso di una trasmissione condotta da Alessandro Milan, dal titolo *Uno, nessuno, centomila*, andata in onda su Radio 24 il 29 settembre 2023.

di realizzare i percorsi in presenza di un contesto nel quale è preclusa la riservatezza pure dei colloqui (peraltro molto limitati numericamente) con i propri familiari.

4.2.1. La postura problematica della giustizia riparativa per i reati connessi alla violenza di genere.

Oltre ai reati espressione di criminalità organizzata, vi è un secondo "blocco" di ipotesi per le quali la giustizia riparativa si pone problematicamente, come attestato da un recente caso di cronaca nera[79]: si tratta dei reati espressione di violenza di genere, rispetto ai quali elevato è il rischio che risulti amplificato lo squilibrio di potere fra le parti, agevolando una possibile coercizione e manipolazione della parte più debole del conflitto[80], tipicamente la donna[81]. Nel riconoscere ai mediatori ampi poteri discrezionali di controllo e influenza sulle discussioni e sulla decisione finale, la giustizia riparativa non può non far sorgere il dubbio che a prevalere possano essere le posizioni dominanti, gli interessi di pochi gruppi maggiormente rappresentativi, per come influenzano i decisori, a danno di chi è socialmente o economicamente più debole[82], peraltro in maniera non dissimile da quanto accade nell'ambito della giustizia tradizionalmente intesa[83].

Se pensata rispetto ai reati espressione di violenza di genere, infatti, la giustizia riparativa rischia di riflettere e al tempo stesso riprodurre il sistema gerarchico che oggi plasma i rapporti fra i generi, secondo un andamento circolare, di mutua e reciproca influenza[84], divenendo così un dispositivo in grado di aumentare il potere del più forte[85]. L'interesse sul tema è risalente,

---

79 Ci si riferisce al caso di Carol Maltesi, vittima di femminicidio, vicenda in cui, al termine del processo di primo grado (conclusosi con una condanna a trent'anni), a poco più di un anno dai fatti, il reo ha chiesto l'avvio di un programma riparativo. Ripercorre la vicenda V. STELLA, *Caso Carol Maltesi. Limiti, dubbi e polemiche sulla giustizia riparativa*, in *Il Dubbio*, 30 ottobre 2023, 6, ricordando le polemiche giunte anche dalla Rete Dafne, Rete Nazionale dei servizi per l'Assistenza alle Vittime di reato, presieduta da Marco Bouchard.

80 Sulla debolezza come categoria giuridica, v. L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 35-86 ss.

81 M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, pp. 97 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit.

82 C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 223.

83 I. BOIANO, *Femminismo e processo penale*, Roma, Futura editrice, 2015; F. SACCÀ, R. BELMONTE, *Sopravvissute. La violenza narrata dalle donne*, Roma, Castelvecchi, 2022; A. DINO, *Femminicidi a processo: Dati, stereotipi e narrazioni della violenza di genere*, Milano, Meltemi, 2012; P. LALLI (a cura di), *L'amore non uccide: Femminicidio e discorso pubblico: cronaca, tribunali, politiche*, Bologna, il Mulino, 2021.

84 Sulla circolarità e mutua influenza fra genere e diritto, v. B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, Bergamo University Press, 2012, e in particolare, ID., *Costruzione del genere e Costituzione*, pp. 15 ss.

85 Pur nella consapevolezza della dottrina - G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 59 ss. - che ha tracciato una linea di demarcazione fra questo tipo di prospettiva tipicamente propria della *Alternative Dispute Resolution* di matrice civilistica e la giustizia riparativa, si ritiene ugualmente ben presente il rischio che siano strumenti volti a scoraggiare l'azione giudiziaria e a forzare la ricerca

posto che già in seno ai dibattiti femministi era emersa una generale criticità nei confronti della giustizia informale[86] che, pure a fronte della maggiore economicità e rapidità, si prestava al rischio di una torsione in una sorta di giustizia di seconda classe[87], spesso compromettendo gli interessi delle donne parti in causa, vittime di una diseguaglianza di potere[88]. Una specifica attenzione al tema risulta anche nei documenti internazionali, a partire dalla Convenzione di Istanbul, in cui era stata vietata agli Stati l'introduzione del ricorso obbligatorio agli strumenti alternativi alla giurisdizione[89]. Nel testo della Convenzione allegato alla legge di ratifica italiana, peraltro, la disposizione era stata oggetto di una traduzione errata, posto che dalla stessa emergeva un divieto assoluto, generalizzato e non limitato alle A.D.R. obbligatorie[90], con una difformità rispetto sia alla versione originale della Convenzione, sia alla traduzione (peraltro non ufficiale) nella lingua italiana[91]. Successivamente, era stata tuttavia disposta la rettifica del testo divenuto dunque omogeneo a quanto contenuto nella Convenzione[92]. Al netto dell'errore di traduzione da parte del legislatore italiano, pochi dubbi possono sorgere circa il carattere comunque eccezionale riservato dalla Convenzione al tema, peraltro conformemente ad altri documenti che mostrano una solida consapevolezza circa la non parità delle parti (vittima/autore) nei casi di violenza e dunque circa la difficoltà di poter avviare un percorso riparativo a partire da situazioni di asimmetria[93].

---

di una (almeno apparente) "armonia", su cui, v. L. NADER, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Chicago, Stanford University Press, 1991.

86 V. almeno R.L. ABEL, *The Politics of informal Justice. Comparative Studies*, New York, Academic Press, 2, 1982; R. MATTHEWS, *Informal Justice*, Middlesex, SAGE Contemporary Criminology series, 1988.

87 U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Malden-Oxford-Victoria, John Wiley and Sons Ltd, 2008, trad. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, Mondadori, 2010, p. 86 (della trad.). Gli autori hanno suggerito cautela nell'accogliere l'A.D.R. Sul tema, v. ancora L. NADER, E. GRANDE, *Current Illusions and Delusions about Conflict Management*, in *Africa and Elsewhere, in Law and Soc. Inquiry*, 27, 2002, 583; secondo le autrici il ricorso a una forzosa armonizzazione porta con sé la rinuncia all'azionabilità di diritti, lasciando permanere il disequilibrio in nome delle esigenze di una giustizia (considerata) rapida ed efficace. È interessante riferirsi alla lettura femminista della giustizia riparativa, che la intende come modello più incline alla cura (della persona, della comunità, della relazione infranta dal reato), v. M.K. HARRIS, *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. Westmarland (eds.), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Sage in association with the Open University, 2003.

88 M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of Practice*, Farnham, Ashgate, London, Routledge, 2014, pp. 251 ss.; L. PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, Erikson, 2013, pp. 302 ss.

89 Così, l'art. 48, par. 1, della c.d. Convenzione di Istanbul (2011).

90 Così, v. art. 48, nel testo della Convenzione allegato alla l. 77 del 2013 di ratifica.

91 V. *https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016806b0686.*

92 V. il comunicato, pubblicato in G.U. 278 del 28.11.2017.

93 Così, l'*Handbook on Restorative Justice Programmes* che ben metteva in evidenza il carattere problematico della giustizia riparativa rispetto a questo tipo di reati e l'*Handbook for Legislation on Violence against Women* che raccomandava agli Stati l'espresso divieto della mediazione in tutti i casi di violenza contro le donne, sia prima, sia durante il processo, implicitamente riconoscendo uno spazio nella fase esecutiva (esclusa dal divieto).

Sul punto, spetterà ancora una volta al mediatore intercettare e sventare il rischio che la giustizia riparativa perpetui i rapporti di forza pre-esistenti[94] diversamente rischiando di tradursi, peraltro similmente a quanto accade nella giustizia tradizionale, in un meccanismo in grado di generare fenomeni di vittimizzazione secondaria, di oppressione, di violenza istituzionale, attraverso le strutture, le istituzioni e gli operatori coinvolti. Proprio al fine di ridurre tale rischio e nella consapevolezza del tessuto problematico della questione, la Riforma Cartabia ha previsto, tra le attività formative previste per i mediatori, sia gli studi di genere, sia il diritto antidiscriminatorio, per quanto non si possa realmente ritenere il tema esauribile in poche ore di formazione, né necessariamente presente in coloro che entreranno nell'elenco degli esperti al suo avvio, in virtù della pregressa esperienza e formazione, e che peraltro saranno i formatori dei futuri operatori. Se la pratica suggerisce che siano gli stessi mediatori a sottrarsi ai programmi riparativi quando si tratti di temi su cui essi non abbiano una solida formazione, ancora una volta si deve rilevare la spiccata fiducia riposta dal legislatore su questa nuova figura, in assenza di qualsiasi verifica e garanzia.

Per quanto riguarda poi il tema della violenza domestica, occorre rilevare un ultimo punto critico generato dalla Riforma Cartabia che ha mancato di coordinarsi con gli interventi in ambito civilistico, laddove risulta espressamente vietata la mediazione familiare, con una sorta di corto circuito, posto che, nella stessa vicenda, si potrà verificare un divieto di mediazione familiare in sede civile e la parallela mediazione in sede penale[95].

4.2.2. Profili organizzativi.

Un aspetto che andrà verificato nella fase attuativa, ma che si prefigura fin d'ora come di grande complessità, riguarda l'operatività delle strutture chiamate a erogare i servizi e a gestire le diverse attività, considerando peraltro come l'attesa dell'approvazione dei livelli essenziali delle prestazioni comunque genera una stasi per l'incertezza circa le attività da garantire. Se di certo la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni mitigherà la disparità pre-esistente sul territorio nazionale, comunque si ritiene permarrà - almeno per un certo lasso - una forte differenza fra realtà in cui il tema è assai arato e presente da anni nelle pratiche anche giudiziarie[96] e altre in cui la Riforma si pone come l'"anno zero", non essendo già attive reti, esperienze, attività, collaborazioni.

Di certo, per come è pensata la struttura, una inevitabile burocratizzazione si abbatterà sulla giustizia riparativa, dovendosi pure considerare il rischio che agli Enti locali, gravati di un'ulteriore e non semplice attività, possano non essere sufficienti i finanziamenti previsti

94 B.D. SUKOVATY, *A Feminist Philosophical Critique of Domestic Mediation (ADR) Practices in the United States: Realizing Mary Parker Folletts Theory of empowerment*, Tesi presentata nel 2008, Dipartimento di Filosofia e Graduate School of Oregon, degree Master of Arts, pp. 3-4.

95 Art. 473-*bis*.43 c.p.c., «Mediazione familiare» e art. 473-*bis*.40 c.p.c., rubricato «Ambito di applicazione».

96 Vi sono infatti realtà, come Bergamo, in cui dal 2005 è attivo un centro di Giustizia riparativa, prima incardinato all'interno di Caritas bergamasca, poi divenuto autonomo nel 2023, come «InConTra-Centro di Giustizia Riparativa e Mediazione Umanistica. Studi Ricerche e pratiche».

rispetto alle strutture da attivare, rischiando così di risultare compromessa l'erogazione del servizio[97].

In tal modo, impaludata in strutture complesse e dal farraginoso funzionamento, non del tutto nota - quanto meno per ora - neppure agli operatori che dovrebbero applicarla, la Riforma rischia così di tradursi in uno strumento in grado di svilire le potenzialità della giustizia riparativa, posto il suo schiacciamento in una applicazione burocratizzata, che rischia di farla percepire riduttivamente quale "casella da barrare" in sede di denuncia-querela, durante il processo o nella fase esecutiva e alla luce della sua generalizzazione che pone una serie di problemi non risolvibili né con immediatezza, né con semplicità.

Va dunque considerato il rischio che, a seguito della Riforma, possano venir meno la spontaneità e lo spirito originario delle pratiche riparative, finendo queste per divenire un ulteriore passaggio, tra i tanti, che compongono la vicenda giudiziaria. Per quanto i Centri potranno essere collocati in luoghi non istituzionalizzati, è pure evidente come l'aver incardinato i servizi presso strutture pubbliche o che erogano servizi all'interno dell'amministrazione pubblica locale potrebbe far scemare la caratteristica fondamentale garantita proprio per l'informalità degli spazi e dei luoghi della giustizia riparativa e che viene a perdersi nel disegno che la riforma configura. La contrapposizione fra la pretesa informalità del contesto e l'istituzionalizzazione di Centri per la giustizia riparativa quali strutture (para-)pubbliche non può che lasciare perplessi proprio alla luce del rischio che, anche in questo caso, la pratica risulti contaminata da quella ritualità del processo con cui deve necessariamente confrontarsi, in ragione dell'osmosi che la Riforma ha imposto[98]. Come noto, infatti, la giustizia riparativa è sempre stata indipendente dalle dinamiche processuali classiche, per cui deve dubitarsi dell'affermata netta distinzione con il processo, posto il continuo confronto che la normativa impone e gli effetti che si possono produrre quanto all'estinzione del reato o della pena[99].

La questione poi assume toni specifici rispetto al carcere, alla luce della difficoltà nel garantire che i programmi di giustizia riparativa si svolgano in spazi e luoghi adeguati e idonei ad assicurare riservatezza e confidenzialità[100], aspetto certamente complesso da realizzare nel concreto.

È pure dotato di un'autonoma problematicità il fatto che un servizio che rientra nell'ambito della giustizia, materia di competenza esclusiva dello Stato (*ex* art. 117 Cost.), sia stato

97 V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 20, che richiama la Relazione tecnica al decreto legislativo 150/22; l'autore ricorda come i Centri per la giustizia riparativa potranno essere finanziati mediante trasferimento di risorse agli enti locali a valere sulle disponibilità del Fondo creato dall'art. 67 del d.lgs. 150/2022 e ricorda che l'onere, stimato in euro 290.000 annui, è stato calcolato in via prudenziale sulla base di un numero medio di strutture pari a due all'interno di ciascun distretto di Corte d'Appello.

98 Artt. 61, 63 ss., d.lgs. 150/2022.

99 V. M. GIALUZ, M. PASSIONE, *Nessuna forzatura, nessuna "mistica della vittima"*, cit., 5, che rilevano l'obiettivo della riforma di assicurare un rapporto di complementarità e di distinguere nettamente i due mondi, in ottica garantistica. Al contrario, D. STENDARDI, *Giustizia riparativa, una rivoluzione copernicana: vincono l'incontro e l'ascolto dei bisogni della vittima*, in *Il Dubbio*, 30 ottobre 2023, 2-3, parla di una convivenza «sicura e potenzialmente fertile…tra giustizia riparativa e procedimento penale».

100 Art. 55, d.lgs. 150/2022.

incardinato presso un'amministrazione locale difficilmente potendo contare su competenze già formate e immediatamente operative[101], prefigurando uno scenario di difficile operatività delle strutture.

Occorre poi rilevare la generale svalutazione dell'importanza e del ruolo degli organismi di coordinamento e gestione dei servizi di giustizia riparativa, che trapela da alcuni aspetti, come la totale gratuità degli incarichi[102] o l'assenza di una struttura organizzativa di riferimento, aspetti che inevitabilmente condizioneranno la disponibilità a ricoprire tale ruolo. Peraltro, è da rilevare come già la modalità di nomina degli esperti presso la Conferenza nazionale sia indicativa dell'orientamento che a essa si è inteso imprimere da parte dell'esecutivo. Sono infatti stati nominati cinque docenti di diritto penale e una psicologa [103], non emergendo, sul piano formale, quel rispetto dell'equilibrio fra mediatori e componenti accademiche espressamente richiesto dalla normativa[104], per quanto la qualifica di mediatore sia presente per alcuni membri. Pur nella certezza dell'alto profilo dei componenti individuati, non può non considerarsi criticamente l'aver massicciamente orientato la scelta verso giuristi e, per di più, giuristi di una specifica area e di uno specifico settore disciplinare, ossia il diritto penale, risultando assenti altre competenze che avrebbero certamente potuto offrire un importante sguardo sul tema, come ad esempio esperti di pedagogia.

Quanto al costituendo elenco dei mediatori che, quanto meno, mitiga le perplessità espresse circa le modalità di reclutamento e formazione precedenti alla riforma, in ragione del vaglio rappresentato dall'iscrizione[105], resta da verificare come verranno attestati i requisiti e come si svolgerà la complessa formazione richiesta e interamente rimessa, per la parte pratica e per il tirocinio, a chi abbia pregressa esperienza[106].

Piuttosto problematica è poi la definizione, mediante un atto di rango secondario, dei rapporti fra Centri e Università che vede imporre a queste ultime il previo accordo con i Centri anche su proprie attività amministrative e finanziarie, mettendo in tensione l'autonomia degli Atenei costituzionalmente presidiata[107].

Occorrerà pure valutare come si porranno i Centri di nuovo conio rispetto a quelli preesistenti che partiranno con una sorta di vantaggio per l'essere già radicati e operanti, dovendosi però segnalare il rischio di penalizzare le realtà meno strutturate in ragione della forte burocratizzazione e della complessità delle attività richieste, rischio da evitare posto che

---

101 V. R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa*, cit., 779, che ricorda come le indicazioni ministeriali andassero nella direzione di attribuire tali funzioni al Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità.

102 V. art. 61, co. 6, d.lgs. 150/2022.

103 V. *supra*, nota 24 del presente scritto.

104 V. art. 61, co. 5, d.lgs. 150/2022.

105 Avevo argomentato tali profili critici in A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 120.

106 *Contra*, v. R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa*, cit., 783, che ritiene "sciolto" dalla Riforma il nodo critico rappresentato dall'assenza di verifica quanto ai requisiti di professionalità, autonomia, indipendenza degli operatori di giustizia riparativa.

107 V. artt. 3, co. 5, e 10, co. 4, d.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione», in cui si fa riferimento al concordare previamente con i Centri alcune attività in capo agli Atenei.

determinerebbe la perdita di quella pluralità di esperienze che della giustizia riparativa hanno da sempre rappresentato la forza[108].

4.3. La lingua e il linguaggio della riforma Cartabia: profili semantici.

Un ulteriore interessante profilo che occorre mettere a tema, ragionando attorno alla Riforma Cartabia dalla prospettiva del "pessimismo della ragione", riguarda la ri-significazione di alcuni istituti tradizionalmente presenti nell'ordinamento interno. Si pensi a come, nella nomenclatura normativa, il reato sia stato soppiantato dall'*offesa*, espressione che non soltanto si estende ben al di là delle condotte connotate dal disvalore massimo cui è collegata una sanzione penale, ma dai confini non certo netti e indiscussi. L'offesa viene intesa nei termini della rottura della relazione reo-vittima, in qualche modo profilando quasi uno scivolamento dell'ambito penalistico nella dimensione intersoggettiva, privatistica, del rapporto fra le diverse "parti", che traccia però una distanza significativa rispetto alla dimensione pubblicistica della materia, quasi azzerando la distinzione fra fatto, reato e imputazione.

Così, anche rispetto al processo che, da "spazio" in cui si accertano la verità processuale e le responsabilità individuali per una condotta qualificata come reato, diviene anche un luogo in cui si verifica la percorribilità di un incontro e di un dialogo fra autore, vittima e comunità, al fine di (tentare di) ricomporre la frattura generata dall'offesa, così pure per (tentare di) risolvere le «questioni derivanti dal reato»[109]. Anche quest'ultima espressione richiama l'attenzione, poiché foriera di non pochi dubbi. Derivante, con ogni probabilità, dalla traduzione dell'inglese "*matters*"[110], che ha però significato e portata ben più ampi del corrispondente italiano "questioni", è una parola assai distante rispetto al tecnicismo che il linguaggio giuridico deve o dovrebbe avere, posto che non si comprende quali potrebbero essere le «questioni derivanti dal reato» cui la normativa fa riferimento e sulla base di cosa o del parere di chi possano essere definite tali. Così quanto al riferimento agli «impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità» chiarissimo sul piano intuitivo, ma certamente poco tecnico, o ancora al richiamo alle «carte» riguardanti il programma, forse così descritte per indicare la possibile informalità di tracce o appunti[111]. Si pensi anche al riferimento al venir meno del dovere di confidenzialità e riservatezza quando la comunicazione sia assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati[112], con una disposizione che pone sullo stesso piano l'imminenza di una condotta

108 Un esempio, fra gli altri, delle pesanti attività burocratiche cui saranno chiamati i Centri è rappresentato dalle modalità del trattamento dei dati, il cui responsabile dovrà individuato tra coloro che svolgono l'attività di mediatore esperto per suo conto (art. 6, d.m. 25 luglio 2023, n. 97), restando così esclusa la possibilità di rivolgersi ad esperti esterni dotati delle necessarie ed essenziali esperienza e professionalità tecnico-giuridica.

109 Art. 42, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/2022.

110 V. *inter alia*, *UN Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC *Resolution* 2002/12) (I.2).

111 Rispettivamente, v. artt. 56 e 52, d.lgs. 150/2022.

112 Artt. 50 e 52, d.lgs. 150/2022.

penalmente rilevante e la sua gravità, unite però da una disgiunzione, per cui sono incluse fattispecie penali imminenti, anche se non gravi, o condotte gravi, ma non imminenti, rimettendo ancora una volta al mediatore una valutazione onestamente complessa, somigliante a un giudizio prognostico e non agganciata a parametri certi. Sul punto, non si dubita del fatto che, in sede applicativa, i mediatori possano essere in grado di dare una concretezza a tali ambigue espressioni, dovendosi però rilevare la problematica operazione di aver introdotto nel linguaggio giuridico terminologie spurie e senza rigore alcuno.

Oltre a una sorta di ri-significazione delle nozioni di reato e processo, la Riforma ha anche introdotto una rivisitazione della nozione di pena, divenuta un'occasione di riconciliazione e incontro, di riconoscimento della vittima dell'offesa, quasi dismettendo la propria veste di risposta statale al reato. Da questo punto di vista, sembrano raccolti gli spunti offerti dalla Corte costituzionale[113] e dalla Corte di Strasburgo[114] che avevano orientato la pena anche verso la riparazione e la riconciliazione, senza poter tuttavia dimenticare come l'imperativo costituzionale riferisca la sanzione alla sola finalità rieducativa della persona, unica testualmente esplicitata all'art. 27, comma 3, della Costituzione.

Qualche ulteriore cenno pare necessario attorno all'ambigua nomenclatura utilizzata nella formulazione della nuova disciplina e avulsa dalla terminologia propria dell'ordinamento giuridico. Si pensi, ad esempio, alla locuzione «esito riparativo» che comprende «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti»[115]. Si pensi ancora all'espressione riguardante la «garanzia del tempo necessario allo svolgimento del programma stesso» che appare ovvia conoscendo il tema, dunque l'importanza che il programma riparativo non abbia delle scadenze temporali prestabilite, dovendo piuttosto seguire le esigenze e i bisogni delle persone coinvolte, mentre assai meno scontata potrebbe risultare a un giudice chiamato a gestire il processo, anche sulla base delle "risposte" attese dai mediatori. Così pure rispetto alla locuzione «persona indicata come autore dell'offesa», assunta per superare, condivisibilmente, l'idea di un "reo" definito tale anche durante il processo e dunque prima dell'accertamento della sua responsabilità[116], ma che di certo genererà difficoltà tra i giudici chiamati a confrontarsi con terminologie assai

113 La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che la finalità rieducativa concorre con l'obiettivo di prevenzione generale e di difesa sociale della pena. Il legislatore può far prevalere ora l'una, ora l'altra, senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. Corte cost. 183/2011; Corte cost. 179/2017; 149/2018).

114 Negli anni, con una significativa giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di «*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*», da ultimo con *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, § 43 (n. 57592/08), ma v. anche *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 (n. 10511/10); *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015 (n. 41418/04); *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, (n. 66069/09); *James, Wells e Lee c. Regno Unito*, 8 settembre 2012 (nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09; *Maiorano e altri c. Italia*, II Sez., 15 dicembre 2009 (n. 28634/06); *Dickinson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007 (n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002 (n. 37703/97).

115 Art. 42, co. 1, lett. e), d.lgs. 150/2022.

116 Rispetto agli Stati generali sull'esecuzione penale, avevo evidenziato tale aspetto, in *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 33 ss.

distanti da quelle usuali. La soluzione normativa non appare dunque affatto convincente, anche perché, se pure non parla di reato e di reo, ma di offesa e di suo autore, già definisce un orizzonte di senso, confermato dal fatto che invece la vittima è definita «di reato», anche prima di una verifica circa la configurabilità di un illecito penale.

Sarà poi interessante, nella fase attuativa, verificare *se* e *come* la Riforma impatterà sulle regole del processo, ad esempio, quanto al fatto che «autore dell'offesa» sia considerato colui che la vittima indica come tale, aprendo dunque a una qualificazione soggettiva tutta da verificare e di certo assai problematica rispetto alle regole a presidio del giusto processo.

Sempre nella prospettiva semantica, un ulteriore profilo critico riguarda l'idea della «comunità» chiamata a partecipare al percorso riparativo, che pare nozione assai ampia e indistinta potendo includere, ad esempio, l'autore di reato o la persona indicata come autore dell'offesa, la vittima del reato, familiari, ma anche «persone di supporto per coloro che sono coinvolti»; accanto a persone fisiche, la normativa include poi nella nozione di comunità anche enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, anche in questo caso, riferendosi all'illecito penale, che è invece oggetto dell'accertamento, non suo presupposto[117]; inoltre, sono richiamati ancor più paradossalmente rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali, senza che sia chiaro chi possa definire tale nozione e soprattutto su quali basi, anche alla luce della formula di chiusura che si riferisce a «chiunque altro vi abbia interesse»[118]. Anche in questo caso, non si è inconsapevoli di quale sia la derivazione di tale parola, posto che tradizionalmente nella giustizia riparativa risultava coinvolta la comunità al cui interno si era generato il conflitto. Tuttavia, se intesa nella sua purezza originaria, non sembrano onestamente potervi rientrare persone estranee al conflitto o enti che parteciperebbero tramite «rappresentanti o delegati». Tali presenze inficerebbero il percorso di riconoscimento reciproco e il dialogo, anche in questo caso dovendosi rilevare l'enorme fiducia riposta nel mediatore cui sarà rimessa integralmente pure tale valutazione. A tal proposito, non risulta neppure ipotizzato un profilo di responsabilità in capo al mediatore, aspetto su cui ci si dovrebbe pure interrogare, poiché di notevole impatto sono le scelte che la Riforma gli assegna, senza però prevedere motivazioni o modalità di contestazione.

In chiusura, è anche interessante notare, linguisticamente, come l'operatore sia stato individuato in una figura definita "mediatore", a prescindere dal programma prescelto, pure in presenza, dunque, di programmi riparativi diversi dalla mediazione, dovendosi ricondurre tale opzione alla necessità di rendere intellegibile il significato di una parola e di un ruolo, in assenza di efficaci alternative nella lingua italiana.

5. Spunti per un'interpretazione conforme a Costituzione della Riforma Cartabia.

Al termine di un lavoro che ha provato a mettere a fuoco gli elementi di forza e quelli di debolezza della riforma organica sulla giustizia riparativa che, secondo taluno, avrebbe

117 Sottolinea come, con la riforma, l'autorità giudiziaria rischi di confondere la fase dell'accertamento con il programma riparativo, O. MAZZA, *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit.
118 Art. 45, d.lgs. 150/2022.

introdotto una «mutazione genetica del sistema della giustizia penale» [119], sembra opportuno tracciare qualche spunto conclusivo, nella consapevolezza che nulla di definitivo può essere detto. Nonostante la Riforma sia in vigore oramai da un anno, una serie di elementi depongono in tal senso e non soltanto poiché si è ancora nelle fasi di avvio, ma in quanto non tutte le normative attuative sono state ancora approvate. Inoltre, non sono stati compiutamente definiti alcuni passaggi-chiave della Riforma, tra cui la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'assetto che l'organizzazione andrà assumendo nel concreto[120], non essendosi ancora avviate la costituzione dei Centri e la creazione dell'elenco dei mediatori. È inoltre pendente l'impugnativa del Decreto ministeriale istitutivo dell'elenco dei mediatori, potendosi dunque verificare, in caso di accoglimento del ricorso, la necessità di una revisione della disciplina, con conseguente inevitabile dilazione nei tempi di operatività della Riforma[121].

Allo stato attuale, pare dunque soltanto possibile proporre una valutazione interlocutoria della Riforma, in attesa della normativa di dettaglio che ne sta progressivamente completando il quadro. Fondamentale sarà comprendere come verrà segnato il passaggio fra la teoria e la pratica, vero snodo della questione da cui dipenderà il suo successo o il fallimento e fondamentale sarà anche verificare come le feconde pratiche che il nostro Paese ha visto realizzare, precedentemente alla Riforma e nell'assenza di riconoscimento, saranno in grado di conservare i caratteri tipici della giustizia riparativa pur se inserite in un contesto formalizzato e altamente burocratizzato. A tal proposito, è da evidenziare - ancora una volta - l'importanza di evitare il rischio che possa evaporare quella forza propulsiva che dalle pratiche emergeva proprio in ragione della loro informalità.

Di certo, va tenuto presente il rischio che la Riforma, pure approvata con le migliori intenzioni, finisca poi per orientarsi verso un'applicazione con quelle «vecchie» lenti che la dottrina auspicava venissero modificate[122], senza dunque quel cambio di paradigma che, solo, appare in grado di garantirne un positivo impatto.

---

119 O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26. Durissima la critica dell'autore a una riforma che ritiene potenzialmente esiziale per un sistema penale di impronta liberale, con l'abbandono del principio di laicità del diritto penale a favore di un sistema punitivo basato su parametri di carattere etico (così si esprime in *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit.).

120 È infatti indubbio il peso che l'assetto organizzativo riveste nell'esito della riforma. V. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 21, secondo cui «il successo della riforma "riparativa" dipenderà essenzialmente dal funzionamento e dalla messa a punto della macchina organizzativa che sosterrà i servizi di giustizia riparativa». Si veda in proposito, la recente circolare con cui il Ministero della Giustizia ha di fatto bloccato eventuali fughe in avanti, ricordando l'assenza di legittimazione ad agire nelle more della definitiva attuazione dei percorsi di accreditamento, comunque ammettendo le attività già consentite precedentemente al d.lgs. 150/2022 (Circolare D.G.M.C. 6/2023, 31 agosto 2023). Ciononostante, non pochi provvedimenti dell'autorità giudiziaria hanno indicato quale base normativa per l'invio presso i Centri, l'art. 129-*bis* c.p.p. introdotto dalla Riforma.

121 Ci si riferisce all'impugnativa del d.m. 9 giugno 2023, che istituisce l'elenco mediatori esperti in giustizia riparativa, in particolare quanto alle cause di incompatibilità e ai requisiti soggettivi di onorabilità.

122 H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scattsdale, Herald Press, 1990.

Per questo, appare importante sin da subito imprimere alla normativa una interpretazione conforme a Costituzione, in ogni suo possibile interstizio, così da garantire la tutela delle parti del conflitto[123], ma soprattutto la tenuta del sistema e dei princìpi costituzionali[124]. Soltanto questa pare la via per ridurre, se non eliminare, le criticità che la riforma organica indubbiamente pone e proiettare lo sguardo al di là degli aspetti che rischiano di impaludare nuovamente la giustizia per l'inserimento massiccio di modalità del tutto avulse dall'ordinamento, di istituti e pratiche proprie di altri sistemi giuridici e di altre discipline, senza peraltro alcuna opera di mediazione, anche linguistica. Alcune azioni paiono potersi orientare in tal senso, come l'attenzione che alla formazione di magistrati e mediatori dovrà essere rivolta, al pari dell'attenta selezione di chi andrà a ricoprire il ruolo chiave, realmente in grado di condizionare l'andamento della Riforma, ossia quello del mediatore.

Ma determinante sarà il formarsi di un'interpretazione "costituzionalmente preferibile" della Riforma che però pare possibile soltanto se si saprà raccogliere e valorizzare, fin da queste prime fasi di attuazione, l'orientamento che la giustizia riparativa manifesta in quanto espressione del valore costituzionale della solidarietà[125]. Proprio perché portatrice di quella "cultura" del dialogo e del confronto propria della Costituzione[126], la Riforma potrebbe infatti contribuire nel rafforzare quel «tessuto costituzionale della mediazione»[127] che nella solidarietà

123 Semplificando ai minimi termini, la vittima, dal rischio di vittimizzazione, il reo, dalla pressione che può generarsi in ragione del rapporto con l'autorità giudiziaria.

124 Si pensi, ad esempio, alla presunzione di non colpevolezza, al diritto alla difesa, all'autodeterminazione, al principio del giusto processo, temi di vasta portata cui non è possibile in questa sede spendere riflessioni e per le quali si rinvia ad A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 111 ss.

125 A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2012; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffré, 2002; B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffré, 2005; F. PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova editrice, 2007, pp. 45-60; ID., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova editrice, 2012, in cui l'autore assume la fraternità come un aspetto del concetto di solidarietà (p. 102 ss.); ID., *A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita & Pensiero, 2011, pp. 541-555.

126 N. COLAIANNI, *La mediazione come valore costituzionale*, in *Min. giust.*, 1999, 2. L'autore aveva individuato simile prospettiva a partire dall'intero tessuto dei *checks and balances* dei poteri, o meglio delle funzioni costituzionali, delineate in modo tale che nessuna avesse il potere di "vincere" fino in fondo, dunque di prevalere sugli altri organi o poteri costituzionali.

127 Sia consentito rinviare al mio: *Il tessuto costituzionale della mediazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, disponibile in *www.costituzionalismo.it*.

vede radicate la qualità dell'ordinamento italiano[128] e la stessa forma di Stato[129], laddove valorizza una dimensione relazionale capace di riconoscere l'altra persona e i suoi bisogni, in una chiave di reciprocità, così opponendosi a una deriva individualistica.

Diversamente, sembra profilarsi il serio rischio che, pure a fronte dei postulati teorici della giustizia riparativa, l'opportunità di un prezioso cambio di paradigma si traduca in una occasione mancata, con l'ulteriore rischio di aggravare il già provato stato della giustizia, appesantito da nuovi passaggi ridotti a mera burocrazia.

128 B. PEZZINI, *Solidarietà e politiche sociali tra Costituzione e Unione Europea*, in M. CAMPUS, S. DORIGO, V. FEDERICO, N. LAZZERINI (a cura), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*, Firenze, Firenze University Press, 2022, 39-56.

129 S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà, Diritto e società*, 1/1996, p. 10; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di uguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, cit., 93 ss.

LA VALORIZZAZIONE DELLE "MINIERE URBANE" PER LA TRANSIZIONE ECOLOGICA: NOTE SULLA DISCIPLINA DEL BIOMETANO

Gianluigi Delle Cave *

ABSTRACT. Il tema della c.d. "transizione ecologica" o "green" è centrale e vivace nel dibattito giuridico recente, sia alla luce delle recenti misure introdotte con il PNRR, sia in virtù delle altrettanto recenti azioni programmatiche dell'Unione Europea. Ma, al fine della transizione di che trattasi, è un problema ex se la città? La risposta è negativa e anzi la soluzione è da rinvenirsi proprio nella medesima dimensione urbana. La città, infatti, contiene due "miniere" che non si esauriscono mai: gli scarti che produce (per l'appunto) e il "sapere" per dargli valore e risolvere i problemi, anche attraverso il sapiente uso della tecnologia. Trasformare gli scarti, attraverso la conoscenza/tecnologia, in soluzioni volte alla transizione green dei contesti urbani è quindi possibile: un esempio di tale commistione è certamente rappresentato dal biometano. In assenza di bussole sul punto, scopo del presente scritto sarà, dunque, quello di ricostruire la recentissima normativa e regolazione del biocombustibile in oggetto, evidenziandone pregi e criticità, con la - auspicata - prospettiva di analizzare funditus la novella tecnica sia da un punto di vista giuridico che sistematico.

ABSTRACT [EN]. *The issue of the so-called 'ecological transition' or 'green transition' is a key and dynamic topic in the recent legal debate, both considering the recent PNRR measures and the likewise recent EU policy actions. However, for the purposes of the transition at hand, is the city a problem ex se? The answer is negative and indeed the solution lies in the urban dimension itself. The city, indeed, contains two 'mines' that never run out: the waste it produces (precisely) and the 'knowledge' to give it value and solve problems, including through the skilful use of technology. Transforming waste, through knowledge/technology, into solutions aimed at the green transition of urban contexts is therefore possible: an example of such a mixture is certainly biomethane. In the absence of any clear compass on the point, the scope of this paper will therefore be to rebuild the very recent legislation and regulation of the biofuel in question, highlighting its merits and criticalities, with the - expected - aim of analysing the technical novelty funditus both from a legal and systematic point of view.*

SOMMARIO: **1.** Premessa introduttiva: le c.d. "miniere urbane". – **2.** La normativa UE sull'utilizzo del biometano. – **3.** Il regime normativo nazionale applicabile – **3.1.** PNRR e utilizzo del biocombustibile. – **4.** Il regime di incentivazione – **4.1.** Le recenti regole applicative MASE – **5.** Conclusioni.

1. Premessa introduttiva: le c.d. "miniere urbane"

Le città le abbiamo inventate noi, non esistevano certo in natura. Eppure, tali realtà, per autoalimentarsi, assorbono dalla natura moltissime risorse - si pensi all'energia e al cibo *in primis* -, restituendo alla collettività e al pianeta, *de facto*, solo scarti e inquinanti.

Ma quindi, ai fini della c.d. "transizione ecologica" o "*green*", è un problema *ex se* la città? La risposta è negativa e anzi la soluzione è da rinvenirsi proprio nella medesima dimensione urbana. La città, infatti, contiene due "miniere" che non si esauriscono mai: gli scarti che produce (per l'appunto) e il "sapere" per dargli valore e risolvere i problemi, anche attraverso il sapiente uso della tecnologia.

Conoscenza/digitalizzazione e "scarti" urbani: la consapevolezza di questa connessione, anche e soprattutto da un punto di vista giuridico, può, senza dubbio alcuno, trasformare la città da "mostro energivoro" in "risorsa *green* e *smart*"[1], un volano per il raggiungimento degli obiettivi di transizione verde tanto predicati sia a livello eurounitario che nazionale[2].

Del resto, questa è la *ratio* ispiratrice del *Sustainable Development Goal 1* "Città e comunità sostenibili" delle Nazioni Unite, rendere cioè le città ambienti sicuri, resilienti, inclusivi e sostenibili. Il modello di città che più si avvicina a tali ambiziosi obiettivi è certamente quello della c.d. "*Smart city*"[3] (modello dalle alterne fortune, quantomeno a livello nazionale, ove forte

---

1 * *Dottore di ricerca, Università degli Studi di Brescia (UNIBS).* Intervento al XXV Congresso nazionale dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico (AIDU) "Transizione ambientale e digitale: effetti sul governo del territorio", III sessione, 20-21 ottobre 2023.

Si veda P. MARZARO, *Governo del territorio, interessi differenziati e tecniche di regolazione degli interessi. note di sistema*, in Riv. giur. urb., 2019, 2, 190 ss.; ID., *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? o quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 4, 734 ss.; E. BOSCOLO, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1, 54 ss.

2 Come evidenziato da E. BOSCOLO, detta descrizione di "contesto urbano" sembra rievocare, suggestivamente, le c.d. "città invisibili" di Italo Calvino. Come noto, in detta opera Marco Polo, l'esploratore veneziano che nel XIII secolo giunse l'estremo oriente attraversando lo sconosciuto mondo delle terre dell'Asia, si trova al cospetto di Kublai Khan, imperatore del regno dei Tartari. L'imperatore chiede a Polo di raccontargli del suo lungo viaggio e in particolare vuole che gli vengano descritte "le città che ha visitato". Ebbene l'esploratore non si limita ad una descrizione fisica, o esteriore, delle città che incontra (e che nel testo hanno tutte un nome di donna e non il nome reale e storico), ma espone anche un resoconto dettagliato delle "città che gli vengono in mente" quando vede quelle reali, delle sensazioni e delle emozioni che ogni città, con i suoi profumi, sapori e rumori, suscitano.

3 Sul concetto di *Smart City*, si vedano, *ex aliis*, V. PARISIO, *Smart cities, digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, diritto: spunti di riflessione*, in V. AGUADO I CUDOLÀ, V. PARISIO, O. CASANOVAS I IBÀÑEZ, *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities,* Atelier, Barcellona, 2018; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi*, 22, 2015; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Salvaguardia delle identità locali, corretto uso del territorio ed esigenze del mercato: il caso delle locazioni brevi ai tempi della sharing economy*, in *Consulta online*, 1, 2022; S. ANTONIAZZI, *Smart city: l'intreccio*

è la mancanza non solo di un quadro regolatorio chiaro di riferimento, ma pure di quel minimum di definizioni utili a individuarne un perimetro), ossia la città "intelligente" e "sostenibile", che utilizza le ICT e altri mezzi digitali per migliorare la qualità della vita, l'efficienza delle operazioni e dei servizi urbani, garantendo al tempo stesso che soddisfi le esigenze delle generazioni presenti e future[4].

A tal proposito, da un punto di vista squisitamente normativo, si assiste, ad esempio, con il d.l. 06 novembre 2021 (PNRR), a forti investimenti economici con riferimento alle aree vaste, alle città metropolitane in particolare (si veda la linea progettuale "Piani Integrati – M5C2 – Investimento 2.2"), con il precipuo scopo di favorire una pianificazione urbanistica

---

di riferimenti normativi e l'innovazione tecnologica nella gestione dei servizi pubblici locali, in *Il Merito*, 2018; ID., *Smart City: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, 2017, Mimesis, Milano, 479 ss.; E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro it*., 3, 2015, 456 ss.; ID., *Riflessioni sul Patto globale per l'ambiente: quale ruolo per le «smart cities»?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2, 2019, 127 ss.; A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, in *GiustAmm*, 9, 2015, 1-10; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Riv. giur. ed*., 3, 2016, 268 ss.; F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. economia*, 98, 2019, 71-110; C. ACOCCELLA, G. LANEVE, *Città intelligenti e diritti: nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2021, 105 ss.; R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2015; A. COCCHIA, *Smart and Digital City: A Systematic Literature Review*, in R.P. DAMERI, C. ROSENTHAL-SABROUX (a cura di), *Smart City. How to create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*, New York, 2014, 35 ss.; J.B. AUBY, V. DE GREGORIO, *Le smart cities in Francia*, in *Ist. fed.*, 4, 2015, 975-993; C. ROCHET, *Smart Cities: Reality or Fiction*, Wiley, New York, 2018; R. SENNETT, *Costruire e abitare: Etica per la città*, Feltrinelli, Milano, 2018; C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, 2, 2019, 445 ss.; T. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2020, 87 ss.; G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano, 2020. Più recentemente sul tema, C. LAURI, *L'ordinamento giuridico della Smart City*, Jovene, Roma, 2023; sia consentito il rinvio anche a G. DELLE CAVE, *Comunità intelligenti, enti locali, mobilità sostenibile: le Smart City al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. economia*, 2, 2021, 385 ss.; ID., *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. "intelligente"*, in *federalismi.it*, 21, 2023, 41 ss.

4 Del resto, queste sono le fondamenta della c.d. "economia circolare", un sistema economico ricco di risorse e un motore per l'innovazione, che porta benefici costanti alla società. Essa consente, quindi, di ripensare il territorio in un orizzonte di nuova sostenibilità e di rigenerazione delle relazioni tra città e ambiente. Come evidenziato in dottrina, «*tale economia consente pure di traslare il discorso dei cambiamenti urbani sul piano del "metabolismo urbano". In sostanza, applicare una logica rigenerativa al territorio vuol dire trattare la città in termini metabolici. Il metabolismo, infatti, consente di guardare al territorio da una prospettiva non convenzionale, legata al suo funzionamento in relazione ai flussi che vi si generano, che transitano attraverso differenti cicli di vita, definendo l'assetto spaziale oltre che sistemico. In sostanza il "metabolismo urbano" pone in evidenza la crisi ecologica del territorio contemporaneo sulla base delle trasformazioni degli organismi biologici in equilibro tra crescita e riproduzione*»; M. RUSSO, *Urbanistica circolare*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, *op. cit*. 158 ss. Secondo l'Autore, il tema della gestione del sistema dei rifiuti come dispositivo di rigenerazione dei territori in crisi rappresenta una prospettiva innovativa di gestione capace di utilizzare la gestione la trasformazione dei flussi di *waste* come riproduzione di materiali da reimpiegare nella realizzazione di interventi paesaggistici ed ambientali (ad esempio, attraverso il riciclo e il trattamento circolare dei flussi di rifiuto organico o di rifiuto da demolizioni e costruzioni).

partecipata, finalizzata a trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile[5]. Ancora, si veda il d.m. 24 giugno 2022, n. 259, con cui il MITE ha adottato la "Strategia Nazionale per l'Economia Circolare" (SEC, una delle riforme strutturali del PNRR), documento programmatico, generico, all'interno del quale sono individuati obiettivi e azioni che l'Italia intende perseguire per la transizione verso un'economia di circolare.

Ora, al di là degli obiettivi di "tessitura urbana" (*rectius* misure volte a rigenerare l'esistente da un punto di vista *green/digital* o a colmare il *deficit* infrastrutturale e di mobilità tra spazi urbani centrali e spazi periferici), ciò che colpisce maggiormente nelle novelle normative ultime è una scarsa attenzione proprio al tema delle suddette "miniere urbane": si parla, solennemente, di "manutenzione per il riuso" e di "rifunzionalizzazione ecosostenibile" di aree pubbliche e di strutture edilizie pubbliche esistenti, dimenticandosi però di fornire alla P.A. locale e agli operatori economici il libretto di istruzioni per procedere con gli interventi di che trattasi; oltre a lasciare sullo sfondo il tema, fondamentale, della reperibilità delle materie prime per procedere con i progetti green e la loro incentivazione di dettaglio.

E allora si riparta, ma lo si faccia dalle miniere urbane. Il meccanismo non è complesso. A titolo esemplificativo, ma non esaustivo, si può partire dalla raccolta di rifiuti differenziati nella città: la parte "verde" diventa *compost* per agricoltura mentre la frazione organica e umida dei rifiuti diventa invece gas attraverso un processo di digestione anaerobica. Alla fine del processo il "biometano" viene portato direttamente nelle case dei cittadini (attraverso il teleriscaldamento e impianti di cogenerazione[6]). E se il teleriscaldamento non arriva? Ecco il digitale unito al green, in piena sintonia con il modello *sustainable city*: piccole centrali di cogenerazione a "km0" per ogni singolo palazzo, ossia, in altri termini, un impianto a motore accoppiato a un generatore che produce energia elettrica e scambiatori di calore che forniscono riscaldamento e acqua calda a tutti gli appartamenti. Se si alimenta il motore con biometano

5 Preme evidenziare che sia il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) che il PNRR hanno confermato, peraltro, il ruolo del gas nella transizione ecologica, ciò in quanto il biometano, pure da un punto di vista tecnico, può essere facilmente immesso nella ben diffusa rete, velocizzando la decarbonizzazione di molti settori quali la mobilità (che già beneficia di gas della tipologia CNG e GNL).
6 La cogenerazione è definibile come la produzione combinata di energia meccanica (convertita poi in elettrica da un alternatore) e termica, che può essere usata per cedere calore, come nel caso del teleriscaldamento, ovvero per generare raffrescamento (vedasi impianti frigoriferi ad assorbimento). Ciò garantisce un notevole risparmio, evitando una inutile e dannosa dissipazione energetica.

da rifiuti[7] (quindi con la "materia prima" estratta dall'inesauribile miniera urbana), *les jeux sont faits*[8].

Eppure, la disciplina del "biometano"[9] (recentemente oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore nazionale, si veda il d.m. 05 agosto 2022 e la l. 21 aprile 2023, n. 41) è oggi lontanissima da quella "semplificazione" amministrativa necessaria per la sua implementazione efficace ed effettiva sul territorio nazionale, così come farraginosi sono i meccanismi di incentivazione per gli investitori privati.

Così come sbiaditi sono quegli interventi normativi volti ad un reale efficientamento energetico degli edifici della città. Da un lato, infatti, sono poche le iniziative giuridiche del legislatore volte alla realizzazione di un reale programma di "digitalizzazione" e "efficientamento" del parco edifici pubblico cittadino (non si rinvengono, cioè, disposizioni di semplificazione autorizzatoria o di incentivazione/contribuzione pubblica per quegli interventi capaci di far "ragionare" veramente un edificio; ciò attraverso, ad esempio, sensori ambientali e algoritmi capaci di determinare la temperatura ottimale di un immobile, analizzando i dati "climatici" in *cloud*, per ridurne e ottimizzarne i consumi); dall'altro, non vi

---

7 Si segnala che la fornitura di gas rinnovabili come il biometano non comporta adattamenti specifici delle apparecchiature esistenti: ed infatti, le caldaie attuali, o le tecnologie a gas per il riscaldamento e per usi industriali a più alta efficienza, possono utilizzare biometano senza alcun tipo di intervento di riconversione né dell'apparecchio né del sistema di distribuzione del calore. Si veda, sul punto, S. D'ANGELOSANTE, Il biometano quale opzione di decarbonizzazione in Italia, in *Rivista AGICI*, 2023, 62 ss.

8 Per un approfondimento tecnico delle soluzioni qui richiamate si veda M. BUONO, *Le miniere urbane*, servizio in onda su *Report* (RAI). Secondo l'Autore, «*noi abbiamo delle miniere in casa: le città. Da dove possiamo estrarre e rimettere in circolo metalli preziosi e plastiche, dare valore ai rifiuti trasformandoli in metano, producendo un gas di origine rinnovabile. La dimensione urbana contiene la miniera della conoscenza che produce ricerca e trasferimento di tecnologie per ridurre Co2 e carburanti fossili. Osservazioni satellitari, estrazione di dati digitali, per misurare la febbre dei territori fino a creare gemelli digitali delle città per provare le strategie di intervento. La frontiera più avanzata dell'economia circolare e della conoscenza*».

9 Pare doveroso chiarire, sinteticamente e da un punto di vista tecnico, come i biocombustibili vengono prodotti sfruttando il materiale agricolo, gli scarti alimentari, i materiali derivanti dallo smaltimento delle acque reflue e i rifiuti organici, a seguito di un complesso iter di raffinazione e purificazione. Successivamente, si ottiene un gas, che può essere impiegato quale biocarburante per i veicoli a motore, immettendolo nell'esistente rete di distribuzione nazionale. Il "biometano", in particolare, è il combustibile ottenuto dalla purificazione del biogas che, a seguito di opportuni trattamenti chimico-fisici (purificazione o *upgrading*), anche svolti in luogo diverso da quello di produzione, è idoneo alla successiva fase di compressione per l'immissione nella rete del gas naturale. In tale definizione (per come riportata anche dal GSE), si comprende anche il combustibile prodotto tramite processi di conversione in metano dell'idrogeno ottenuto da fonti rinnovabili e della CO2 presente nel biogas destinato alla produzione di biometano o prodotta da processi biologici e fermentativi. Il biometano viene definito come avanzato se ottenuto a partire dalle materie elencate nella parte A dell'Allegato 3 del d.m. 10 ottobre 2014.

sono politiche normative chiare circa il reperimento delle materie prime per la realizzazione stessa delle soluzioni tecnologiche *smart* e *green* (rame, argento, oro, palladio, stagno, per citarne alcuni). Materie, queste ultime, ricavabili proprio dalle miniere urbane: si pensi ai rifiuti elettrici, batterie, e ai c.d. "RAEE" in generale, recentemente "toccati" dal d.m. 24 giugno 2022, n. 257 (con cui il MITE ha adottato il "Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti - PNGR", in attuazione dell'art. 198 *bis* del d.lgs. n. 152/2006), ma ancora orfani di disposizioni normative idonee a potenziare la capacità di intercettazione degli stessi da parte della P.A. locale e a migliorare lo sviluppo della impiantistica necessaria per il loro trattamento.

Ai fini della realizzazione di una città "intelligente e sostenibile" (si direbbe "circolare"[10]), non può quindi prescindersi da una disamina giuridica puntuale delle principali - più recenti - coordinate normative volte alla gestione di tali "scarti" urbani, con particolare riferimento qui alla disciplina del biometano, e dei passi del legislatore nazionale per favorire quel connubio fondamentale, come *supra* detto, tra le miniere urbane e la digitalizzazione e le ICT, promesse e promosse pure il con il PNRR.

2. La normativa UE sull'utilizzo del biometano

Un processo di decarbonizzazione urbana "reale" non può prescindere, dunque, dall'utilizzo del gas[11] e delle sue infrastrutture. Fonti elettriche e gas rinnovabili, infatti, rappresentano l'imprescindibile *mix* verso una transizione ambientale cittadina *climate*

10 La circolarità, del resto, è uno dei pilastri del *Green Deal* europeo. L'economia circolare è un'economia, di fatto, rigenerativa, in cui tutte le attività sono organizzate in modo che i rifiuti possano essere riutilizzati e valorizzati nel processo produttivo come risorse, risparmiando il consumo di nuove materie prime. Ora la circolarità in città può trovare applicazione in diversi settori. Per quanto qui di precipuo interesse, nella gestione dei rifiuti: settore nel quale è certamente possibile implementare politiche di prevenzione, riutilizzo, riciclo e recupero, con numerose opportunità di valorizzazione dei materiali. Si veda E. CROCI, T. MOLTENI, *Il Green Deal e il Recovery Plan*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le Smart cities al tempo della resilienza*, *op. cit.*, 386 ss., ove gli Autori evidenziano che «*i principi di circolarità possono essere integrati dagli enti locali negli ambiti di loro competenza, nella pianificazione dello spazio e della mobilità, nella gestione dei rifiuti, negli standard di costruzione, negli appalti e negli acquisti pubblici*». In particolare, poi, «*l'idea di coniugare estetica, funzionalità e sostenibilità nel rinnovamento degli edifici della città è particolarmente importante se si considera il ruolo dell'ambiente costruito nel raggiungere gli obiettivi climatici europei*», per cui il «*nuovo Bauhaus europeo adotterà un'ottica multidisciplinare, riunendo competenze artistiche, ingegneristiche, digitali ed ambientali, per stimolare nuove progettualità urbane che possano dimostrare in concreto i principi cardine del Green Deal*».

11 Il biogas si produce principalmente dal processo di digestione anaerobica e contiene circa il 55% di metano; esso è prodotto, generalmente, dal processo di digestione di biomasse umide quali i residui del settore agricolo, rifiuti organici e da colture destinati alla produzione di energia. Il biometano, invece, si ottiene a seguito del trattamento di *upgrading* del biogas. Peraltro, la CO2 che viene rimossa durante il processo di che trattasi può essere recuperata e fatta reagire con idrogeno rinnovabile dando origine a biometano sintetico.

neutral[12]. Dunque, la domanda da porsi, in primissima battuta è: *quo vadis legislator*?, quantomeno con riferimento ai gas rinnovabili (*i.e.*, per quanto qui di interesse, il biometano).

Negli ultimi anni il settore dell'energia è stato (ed è) al centro degli interessi europei e internazionali[13]: si vedano, per quanto qui di precipuo interesse, l'Accordo di Parigi[14], il *Green*

12 Si veda A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2013.

13 Sul punto, si vedano le considerazioni di V. PARISIO, *Giudice amministrativo, sindacato sulla composizione degli interessi e transizione energetica: prime riflessioni*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 4, 374 ss.

14 Con l'accordo di Parigi, i Paesi di tutto il mondo si sono impegnati a limitare il riscaldamento globale a 2°C, facendo il possibile per limitarlo a 1,5° C, rispetto ai livelli preindustriali. Per raggiungere questo obiettivo, l'Unione Europea attraverso lo *European Green Deal* ha definito nuovi obiettivi energetici e climatici estremamente ambiziosi che richiederanno la riduzione dei gas climalteranti (*Green House Gases*, "GHG") al 55% nel 2030 e alla neutralità climatica nel 2050.

Deal europeo[15], il Next Generation EU[16], l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile[17]; tutti con l'obiettivo comune della lotta al cambiamento climatico attraverso la transizione verso

15 COM (2019) 640 *final*. Il principale obiettivo del *Green Deal* - si legge nell'introduzione dello stesso - è infatti quello di trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Si precisa che il *Green Deal* non rappresenta solamente un semplice aggiornamento delle politiche ambientali europee già esistenti; esso, infatti, è identificabile come un complesso e variegato insieme di strumenti, in un'ottica ampia, che possano permettere di rendere la società dell'Unione sana e prospera, dotata di un sistema economico moderno, neutralizzando, al contempo, entro il 2050, le emissioni di gas inquinanti nell'atmosfera. Come pure evidenziato in dottrina (F. MUZZATI, *La regolazione positiva domestica ed europea dei biocarburanti e del biometano*, in *Lexambiente*, 2022), per addivenire alla costruzione di questo nuovo paradigma ambientale e socioculturale, le basi giuridiche offerte dal diritto europeo, di rango primario, sono molteplici. Infatti, l'art. 4, par. 2, lett. e) del T.F.U.E. colloca le questioni inerenti alla politica ambientale tra le competenze concorrenti, la cui compiuta regolamentazione è contenuta nel titolo XX della medesima convenzione. L'art. 192, par. 1 del T.F.U.E., stabilisce come si debba ricorrere alla procedura legislativa ordinaria per l'adozione di atti volti al raggiungimento degli scopi di natura ambientale dell'UE, tra cui quelli sussumibili nell'ampio genus della lotta ai cambiamenti climatici. Infine, «*non può che non rammentarsi l'art. 175 del TFUE, il quale permette l'adozione di necessari e specifici interventi al di fuori dei fondi a ciò destinati (a finalità strutturale)*». Cfr. L. AMMANNATI, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovomodello energetico eco-sostenibile. Tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2018, 2, 86 ss.; L. LIONELLO, *Il green deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *JusOnline*, 2020; M.C. CARTA, *Il green deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus*, 2020, 4, 54 ss.; A. MOLITERNI, *Il green deal europeo e le sfide per il diritto all'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 4 ss.; D. BEVILACQUA, *Lo Sviluppo sostenibile e il Green New Deal: tratti comuni, differenze, problematiche*, in *rgaonline*, 2021; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubb.*, 2021, 2; P. CUCUMILE, *Il "Green Deal Europeo"*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 1.

16 La cui prospettiva, in buona sostanza, si declina non solo nel riparare e recuperare l'esistente, ma di plasmare un modo migliore di vivere il mondo di domani. Ciò affrontando una serie di sfide comuni che gli Stati membri devono prevedere nei loro piani nazionali di ripresa e resilienza, riconducibili ai sette programmi faro europei, c.d. "*Flagship Programs*", ossia: utilizzare più energia pulita (*power up*); migliorare l'efficienza energetica degli edifici pubblici e privati (*renovate*); promuovere tecnologie pulite adeguate alle esigenze future per accelerare l'uso di sistemi di trasporto sostenibili, accessibili e intelligenti (*recharge and refuel*); estendere rapidamente i servizi veloci a banda larga a tutte le regioni e le famiglie, comprese le reti in fibra ottica e 5G (*connect*); digitalizzare la P.A. e i servizi pubblici, compresi i sistemi giudiziari e sanitari (*modernise*); aumentare la capacità di *cloud* industriale europeo di dati e lo sviluppo di processori più potenti (*scale-up*); adattare i sistemi di istruzione per promuovere le competenze digitali e la formazione scolastica (*reskill and upskill*). Si veda E. CROCI, T. MOLTENI, *Il Green Deal e il Recovery Plan: un nuovo quadro per una riconversione urbana sostenibile?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, 375 ss. Si vedano, in particolare, i sei pilastri che il Regolamento (UE) 2021/241 indica come fondativi dello stesso NGEU (in continuità, peraltro, con il *Green Deal* europeo): (i) la transizione verde, (ii) la trasformazione digitale, (iii) la crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, (iv) la coesione sociale e territoriale (v) la salute e la resilienza dei sistemi istituzionali, (vi) le politiche per la prossima generazione.

economie a basse emissioni di carbonio e dotate di un certo grado di diversificazione delle fonti di energia (esigenza, peraltro, rafforzata pure dal conflitto russo-ucraino)[18].

Altrettanto rilevante, la disciplina relativa alla produzione di energia da fonti rinnovabili, che si caratterizza per un generale e netto *favor* per le energie rinnovabili intesi quali mezzi essenziali per decarbonificare l'economia, riducendo così le emissioni di gas ad effetto serra e perseguendo gli obiettivi di cui al Protocollo di Kyoto[19] e delle convenzioni quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici. Non a caso detto *favor* per le fonti di energia rinnovabile trova recente riscontro pure nel c.d. *Clean energy package* (cfr. Regolamenti UE nn. 2018/1999, 2019/941, 2019/942, 2019/942 e direttive UE nn. 2018/844, 2018/2001, 2018/2002 e 2019/944)[20].

---

17 Adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite e sottoscritta il 25 settembre 2015 da 193 Paesi delle Nazioni unite, tra cui l'Italia, l'Agenda definisce 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals - SDGs*) da raggiungere entro il 2030. È riferito all'energia, in particolare, l'obiettivo 7 "Assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni" che delinea i seguenti *goals*: 7.1 Garantire entro il 2030 accesso a servizi energetici che siano convenienti, affidabili e moderni; 7.2 Aumentare considerevolmente entro il 2030 la quota di energie rinnovabili nel consumo totale di energia; 7.3 Raddoppiare entro il 2030 il tasso globale di miglioramento dell'efficienza energetica; 7.a Accrescere entro il 2030 la cooperazione internazionale per facilitare l'accesso alla ricerca e alle tecnologie legate all'energia pulita - comprese le risorse rinnovabili, l'efficienza energetica e le tecnologie di combustibili fossili più avanzate e pulite - e promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e nelle tecnologie dell'energia pulita; 7.b Implementare entro il 2030 le infrastrutture e migliorare le tecnologie per fornire servizi energetici moderni e sostenibili, specialmente nei paesi meno sviluppati, nei piccoli stati insulari e negli stati in via di sviluppo senza sbocco sul mare, conformemente ai loro rispettivi programmi di sostegno.

18 Si consideri che l'Agenda 2030 dedica un obiettivo specifico alle città sostenibili (*Goal* 11), ripreso pure dal *Green Dea*l Europeo. Peraltro, se si considerano gli obiettivi e le priorità d'azione del *Green Deal* medesimo e del *Recovery Plan* europeo emerge chiaramente come i governi locali possano intervenire e promuovere uno sviluppo urbano sostenibile attraverso diversi strumenti di policy che riguardano la regolamentazione, la pianificazione, gli aspetti economico-fiscali, le attività di comunicazione e informazione. Peraltro, dal *Green Deal* di che trattasi è scaturita pure una nuova iniziativa dedicata alla sostenibilità delle città denominata "*Green City Accord*": come il Patto dei Sindaci, essa ha l'obiettivo di supportare gli enti locali nell'adozione di impegni per l'energia sostenibile e per il clima, coinvolgendo i Sindaci in un movimento per stimolare una maggiore attenzione alla salute e al contenimento degli impatti ambientali nelle città.

19 Cfr. T. SCOVAZZI, *Dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. giur. amb.*, 2021,2, 33 ss.

20 Più nel dettaglio, vengono qui in rilievo i principi sanciti, da ultimo, dalla direttiva n. 2018/2001/UE, in forza dei quali: "il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili può svolgere una funzione indispensabile anche nel promuovere la sicurezza degli approvvigionamenti energetici […] come pure nel creare numerosi posti di lavoro e sviluppo regionale, specialmente nelle zone rurali ed isolate, nelle regioni o nei territori a bassa densità demografica o soggetti a parziale deindustrializzazione" (considerando 3); "la lunghezza delle procedure amministrative, oltre a renderle costose, costituisce un serio ostacolo amministrativo. La semplificazione delle procedure amministrative di rilascio dell'autorizzazione e termini chiari per le decisioni che le autorità competenti per il rilascio

Volendo tracciare una traiettoria evolutiva in materia, si potrebbe partire (con riferimento agli ultimi tre anni), anzitutto dal regolamento UE 2020/852, che ha introdotto una classificazione comune europea per le attività sostenibili ("tassonomia")[21]. Lo strumento di che trattasi si pone l'obiettivo di definire le caratteristiche di sostenibilità di progetti e attività[22], orientando operatori finanziari e imprese verso investimenti ecosostenibili, nonché di contrastare il fenomeno del *greenwashing* attraverso una maggiore trasparenza delle attività finanziarie[23].

---

dell'autorizzazione per l'impianto di produzione di energia elettrica devono adottare sulla base di una domanda completata dovrebbero stimolare una gestione più efficiente delle procedure […]. È necessario che la presente direttiva, in particolare le disposizioni relative all'organizzazione e alla durata delle procedure amministrative di rilascio dell'autorizzazione, si applichi fatta salva la normativa internazionale e dell'Unione, comprese le norme volte a proteggere l'ambiente e la salute umana" (considerando 51); "rispetto agli obiettivi nazionali, spesso le autorità regionali e locali si danno obiettivi più ambiziosi in materia di rinnovabili. Attualmente, gli impegni assunti a livello regionale e locale per promuovere lo sviluppo dell'energia rinnovabile e l'efficienza energetica sono sostenuti da iniziative come il Patto dei sindaci, le iniziative Città intelligenti e Comunità intelligenti, e mediante l'elaborazione di piani d'azione in materia di energia sostenibile. Tali iniziative sono essenziali e dovrebbero essere ampliate, poiché fanno opera di sensibilizzazione e agevolano gli scambi delle migliori prassi e dell'assistenza finanziaria disponibile" (considerando 62); "gli Stati membri provvedono collettivamente a far sì che la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030 sia almeno pari al 32 % […]. A decorrere dal 01 gennaio 2021, la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia di ciascuno Stato membro non è inferiore alla quota base di riferimento indicata nella terza colonna della tabella riportata nell'allegato I, parte A, della presente direttiva. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire il rispetto di tale quota base di riferimento. Se uno Stato membro non mantiene la sua quota base di riferimento misurata su un periodo di un anno, si applica l'articolo 32, paragrafo 4, primo e secondo comma, del regolamento 2018/1999" (art. 3).

21 Si veda, sul punto, il rapporto *Il contributo delle utilities alla decarbonizzazione*, Fondazione *Utilitatis*, 2022, 18 ss.

22 Il regolamento che introduce la "tassonomia europea" ha avviato un processo, ancora in corso di completamento, attraverso l'adozione di diversi atti delegati16 che contribuiscono alla sua corretta ed efficace implementazione. In particolare, si segnala l'atto delegato complementare sul clima approvato in linea di principio dalla Commissione europea il 02 febbraio e pubblicato il 9 marzo 2022, che amplia le attività riconosciute per la mitigazione dei cambiamenti climatici includendo, a condizioni rigorose, attività specifiche di produzione di energia elettrica da nucleare e gas nella lista delle attività economiche coperte dalla tassonomia UE. Questa proposta, che è stata vista da diversi osservatori come un passo indietro rispetto agli obiettivi del *Green Deal* e che ha visto una netta spaccatura tra i paesi membri dell'UE, è stata giustificata con la necessità di accompagnare lo sviluppo delle rinnovabili (intermittenti) con fonti che garantiscano programmabilità.

23 Secondo il regolamento, per essere definita ecosostenibile un'attività deve soddisfare diversi elementi: (1) contributo ad almeno uno dei sei obiettivi ambientali previsti dall'Unione Europea (i.e. mitigazione dei cambiamenti climatici; adattamento ai cambiamenti climatici; uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; transizione verso un'economia circolare; prevenzione e riduzione dell'inquinamento; protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi); (2) rispetto

Ora, dalla prospettiva eurounitaria, non può non evidenziarsi come l'UE si è prodigata, negli ultimi anni, soprattutto nella definizione di un modello di circolazione dei trasporti a ridotte emissioni di carbonio e inquinanti atmosferici, grazie allo sfruttamento delle risorse naturalmente presenti sul territorio degli Stati membri - quali ad esempio i rifiuti - per la produzione di biocarburanti e biometano[24].

Uno degli esempi più significativi è il pacchetto "*Fit for 55*" per il raggiungimento di tali obiettivi[25]. In seguito all'adozione del regolamento UE 2021/1119 che fissa l'obiettivo vincolante di riduzione delle emissioni di gas serra pari al 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 (art.4), nonché l'obiettivo di neutralità carbonica da conseguire entro il 2050 (art. 2), la Commissione europea ha adottato detto pacchetto di proposte legislative proprio per meglio far fronte ai temi della transizione energetica, decarbonizzazione e lotta ai cambiamenti climatici. Il pacchetto *Fit* prevede la modifica di una serie di direttive e regolamenti[26] nell'ottica

---

del principio *Do No Significant Harm* (DNSH), secondo cui l'attività che contribuisce ad almeno uno degli obiettivi previsti non deve arrecare un danno significativo a nessuno degli altri obiettivi ambientali; (3) conformità alle condizioni minime di salvaguardia con cui le imprese garantiscono l'allineamento dell'attività in questione con le linee guida OCSE, i principi guida UN relativi a imprese e diritti umani e le convenzioni sui diritti del lavoro; (4) rispetto dei criteri di vaglio tecnico, che garantiscono un impatto positivo o una riduzione dell'impatto negativo da parte dell'attività economica sull'obiettivo climatico a cui contribuisce: i criteri, infatti, specificano le prescrizioni minime da rispettare per considerare l'attività economica come ecosostenibile.

24 Detto impegno trova origini lontane: si veda la direttiva n. 29 del 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che prevedeva un obiettivo di non scarsa rilevanza, ossia il raggiungimento, per ogni Stato membro, entro il 2020, di un impiego di almeno il 10% di energia rinnovabile nei consumi finali di energia nel settore dei trasporti. *Target* perseguito grazie all'immissione in consumo di una quota prestabilita di biocarburanti, individuato nel 7% da parte della Direttiva 2015/1513/UE (c.d. "ILUC").

25 Fa parte di tale pacchetto anche il Regolamento (UE) 2023/956 del 10 maggio 2023: nuova entrata fiscale destinata al bilancio dell'Unione europea basata sul così detto "meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere" denominato CBAM ("*Carbon Border Adjustment Mechanism*") finalizzato a garantire che gli sforzi di riduzione delle emissioni di gas serra in ambito UE non siano contrastati da un contestuale aumento delle emissioni al di fuori dei suoi confini per le merci prodotte nei Paesi *extra* UE che vengono importate su territorio eurounitario.

26 Si tratta, nel dettaglio, di: Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; Direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica; Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio (e successive modifiche); Direttiva 2003/96/CE del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità; Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia, e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 e della decisione n. 529/2013/UE;

di ridefinire gli obiettivi specifici in diversi ambiti (sistema ETS; rinnovabili; efficienza energetica; settori *Land Use, Land Use Change and Forestry*-LULUCF) rendendoli coerenti con il macro-obiettivo di riduzione delle emissioni del 55%[27].

Tra i documenti di indirizzo elaborati recentemente dalla Commissione europea riveste un ruolo di interesse per il settore della gestione dei rifiuti il paragrafo del Piano *REPowerEU* - COM (2022) 230 *final*[28] dedicato, *ex aliis*, anche allo sviluppo del biometano[29]. Con riferimento a quest'ultimo, l'obiettivo è quello di incrementare la produzione di biometano sostenibile fino a 35 miliardi di metri cubi entro il 2030, stimando a tal fine necessari investimenti dell'ordine

---

Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013.

27 In particolare, con riferimento alle rinnovabili, aumento del *target* di copertura dei consumi finali lordi con FER, dal 32% al 40%; quanto all'efficienza energetica, sostituzione dell'obiettivo non vincolante di risparmio energetico pari a 32,5% con un obiettivo vincolante pari al 36% (per i consumi finali) o 39% (per i consumi primari); circa le emissioni di gas serra, per i settori ETS: aumento del target di riduzione da 43% a 61% rispetto ai livelli del 2005; per i settori non-ETS: aumento del *target* di riduzione da 30% a 40% rispetto ai livelli del 2005; per i settori LULUCF: aumento del *target* di assorbimento netto da 225 a 310 MtCO2eq.

28 Il piano, finalizzato ad accelerare il percorso di decarbonizzazione del continente e rafforzare la resilienza del sistema energetico europeo, si muove lungo quattro direttrici ben precise, ossia il risparmio energetico; la diversificazione delle forniture; l'accelerazione della transizione energetica; l'azione coordinate tra investimenti e riforme.

29 Non può non essere evidenziato in questa sede anche il pacchetto per la decarbonizzazione dell'idrogeno e gas, contenente due proposte di modifica della direttiva sul Gas 2009/73/EC e del regolamento sul Gas (EC) No 715/2009. Scopo del pacchetto è di favorire la decarbonizzazione del settore gas attraverso la sostituzione del metano con gas verdi, in particolare idrogeno e biometano, facilitando la creazione di un contesto di mercato favorevole e lo sviluppo delle infrastrutture dedicate. In merito all'idrogeno, la proposta prevede l'introduzione di una regolazione specifica, da applicare in due fasi (prima e dopo il 2030), che disciplini l'accesso alle infrastrutture, la separazione delle attività di produzione e trasporto e la determinazione delle tariffe. Inoltre, si propone la creazione di un *network* europeo degli operatori di rete (Associazione degli Operatori di Rete per l'Idrogeno, ENNOH). Più in generale, per facilitare l'accesso dei gas rinnovabili all'infrastruttura esistente, si prevede di rimuovere le tariffe transfrontaliere e di ridurre i costi di iniezione per questi gas del 75%. In aggiunta, la Commissione ha proposto di armonizzare la qualità del gas a livello europeo, fissando al 5% il limite massimo consentito per le miscele di idrogeno per tutti i punti transfrontalieri. Inoltre, per stimolare la domanda di gas rinnovabili, la proposta prevede la chiusura dei contratti di lungo periodo per il gas naturale entro il 2049, nonché una modifica del regolamento sulla sicurezza dell'approvvigionamento di gas, mirando ad estenderne il campo di applicazione ai gas rinnovabili e a basse emissioni. Infine, per la prima volta in una direttiva a livello europeo, si propongono misure concrete per limitare le emissioni specifiche di metano del settore energetico. A tal fine saranno introdotti per le aziende del settore obblighi di misurazione e reporting delle emissioni di metano, insieme a obblighi di ispezione delle reti gas allo scopo di identificare e riparare le perdite. Si veda, *amplius*, sul tema, *Il contributo delle utilities alla decarbonizzazione*, Fondazione *Utilitatis*, 2022, 23 ss.

di 37 miliardi di euro. A tal fine, vengono previsti diversi strumenti per affrontare i principali ostacoli all'aumento della produzione e dell'uso di biometano sostenibile e di facilitarne l'integrazione nel mercato interno del gas dell'UE, ossia: *(i)* l'istituzione di un partenariato industriale per il biogas e il biometano, per dare impulso alla catena del valore dei gas rinnovabili; *(ii)* l'adozione di misure supplementari per incoraggiare i produttori di biogas a creare comunità energetiche; *(iii)* incentivi per passare dal biogas al biometano; *(iv)* la promozione dell'adattamento e adeguamento delle infrastrutture esistenti e la realizzazione di nuove infrastrutture per poter trasportare più biometano attraverso la rete del gas dell'UE; *(v)* il superamento delle lacune in materia di ricerca, sviluppo e innovazione in materia di biometano; *(vi)* la facilitazione dell'accesso ai finanziamenti e la mobilitazione di diversi fondi UE (ad esempio nell'ambito della politica di coesione, del dispositivo per la ripresa e la resilienza e della politica agricola comune).

3. Il regime normativo nazionale applicabile

A livello nazionale, l'attività di produzione del biometano è oggetto di una specifica disciplina che trova i propri fondamenti, anzitutto, nel d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387[30] nonché, in via principale, nel d.lgs. 03 marzo 2011, n. 28, ove si stabilivano peraltro (all'art. 21[31],

30 Sulla disciplina amministrativa delle fonti rinnovabili analizzata precipuamente dalla prospettiva degli obiettivi di semplificazione, cfr. S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 59-95 ss.; ID., *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2022, 5, 634-645; G. BUCCI, *Regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili: il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale più recente*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 1; F. LUISO, *I sistemi di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile. Una valutazione critica dei diversi modelli disponibili e sperimentati*, in G.D. COMPORTI, S. LUCATTINI (a cura di) *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Napoli, 2020, 143-152; S. AMOROSINO, *«Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, 255-263; A. MASSONE, *Impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili e disciplina del paesaggio nelle aree contermini (commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 18 marzo 2019, n. 1729)*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 166-175; C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*, in *Le Regioni*, 2019, 3, 843-854. Sul tema della semplificazione, M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 181 ss. e L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 675 ss.

31 L'art. 21, comma 2 del d.lgs. n. 28/2011 è stato abrogato dal Decreto RED II e prevedeva l'adozione da parte del MISE di un decreto che definisse criteri e direttive per l'attuazione del regime di incentivazione di cui all'art. 21 (ossia (a) incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili; (b) certificati di immissione in consumo; (c) specifico incentivo di durata e valore definiti con il decreto di cui al comma 2), adottato con DM 5 dicembre 2013 recante "Modalità di incentivazione

abrogato dall'art. 11, comma 5, del d.lgs. n. n. 199/2021) differenti modalità di incentivazione in relazione a quello immesso nella rete del gas naturale[32].

Con particolare riferimento al regime autorizzativo per la realizzazione e gestione degli impianti a biometano, il d.lgs n. 28/2011[33] (art. 8 *bis*) prevede che "per l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di biometano e delle relative opere di modifica, ivi incluse le opere connesse e le infrastrutture necessarie alla costruzione e all'esercizio degli impianti, inclusa l'immissione del biometano in rete, si applicano le

---

del biometano immesso nella rete del gas naturale". Tale decreto ha definito, *inter alia*, la nozione di capacità produttiva ai sensi dell'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 28/2011 stabilendo che "si intende la produzione oraria nominale di biometano, espressa in standard metri cubi/ora, come risultante dalla targa del dispositivo di depurazione e raffinazione del biogas. Lo standard metro cubo (Smc) è la quantità di gas contenuta in un metro cubo a condizioni standard di temperatura (15 C°) e pressione (1.013,25 millibar)".

32 Si trattava, più nello specifico, dell'erogazione di incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, qualora il biometano venisse introdotto nella rete, ed utilizzato - rispettando le regole per il trasporto e lo stoccaggio del gas naturale - all'interno di impianti di cogenerazione ad alto rendimento; del rilascio di certificati di immissione in consumo (c.d. "CIC") ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2 *quater*, comma 1, del D.L. 10 gennaio 2006, n. 2; ed infine, uno specifico incentivo di durata e valore. Per dare attuazione alle disposizioni *supra*, si formulò il d.m. 05 dicembre 2013 (primissimo decreto interministeriale sul punto) recante "Modalità di incentivazione del biometano immesso nella rete del gas naturale". Tale atto regolava specifiche e differenziate modalità di incentivazione, a seconda che il biometano fosse: *(a)* immesso nella rete del gas naturale senza una specifica destinazione d'uso (art. 3); *(b)* destinato al consumo nel settore dei trasporti (art. 4); *(c)* utilizzato in impianti di cogenerazione ad alto rendimento (art. 5). Il d.m. in esame è stato, poi, superato con d.m. 02 marzo 2018.

33 Normativa che ha recepito la direttiva 2009/28/CE (c.d. "RED I") sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Tale direttiva (come modificata dalla Direttiva 2013/18/UE e dalla Direttiva 2015/1513/UE) è stata recentemente sostituita dalla direttiva 2018/2001/UE, c.d. "RED II", recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 che ha modificato (e in alcune parti abrogato) il d.lgs. n. 28 del 2011. Il decreto 199/2021, si legge all'art. 1, comma 1, ha l'obiettivo di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050". Per il raggiungimento di tali finalità, il decreto definisce gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi di incremento della quota di energia da fonti rinnovabili al 2030, in attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 e nel rispetto dei criteri fissati dalla legge 22 aprile 2021, n. 53. Al suo interno vi sono poi anche tutta una serie di disposizioni necessarie all'attuazione delle misure del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in materia di energia da fonti rinnovabili, in conformità al Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (c.d. "PNIEC"). In dottrina, A. COIANTE, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti complessità*, in *federalismi.it*, 2022, 17, 2 ss.; L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del "Recovery Plan"*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 1, 841 ss.; G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull' "affidabilità" del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in *Ambientediritto.it*, 2022, 1.

procedure di cui agli articoli 5 [ossia il procedimento di autorizzazione unica[34]] e 6 [i.e. la procedura abilitativa semplificata-PAS]". Ai sensi dell'originaria formulazione (recentemente modificata, come si dirà nel brevissimo), a tali fini si utilizza: (i) la procedura abilitativa semplificata (PAS) per i nuovi impianti di capacità produttiva, come definita ai sensi dell'art. 21, comma 2, non superiore a 500 *standard* metri cubi/ora[35]; (ii) una comunicazione all'autorità competente per gli interventi di parziale o completa riconversione alla produzione di biometano di impianti di produzione di energia elettrica alimentati a biogas, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione qualora le modifiche siano non sostanziali; (iii) l'autorizzazione unica nei casi diversi da quelli di cui ai precedenti casi *(i)* e *(ii)*[36].

---

34 Sull'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. 387/2003 si v. E. BELLIARDO, *Autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e misure compensative*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 1, 161-172; C. MARI, *L'autorizzazione unica per l'esercizio di impianti eolici tra vicende modificative e tentativi di semplificazione*, in *GiustAmm.it*, 2018, 12; G.A. PRIMERANO, *La doverosità amministrativa sulla domanda di autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Foro amm.*, 2015, 2, 458-482; M.T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Amministrativ@mente*, 2014, 9; A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato*, in *federalismi.it*, 2012, 22; A. MARZANTI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 499 ss.; F. ARECCO, *Autorizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili*, in F. ARECCO, G. DALLÒ (a cura di), *Energia sostenibile e fonti rinnovabili*, Milano, 2012, 355 ss.; F. DI DIO, *D.Lgs. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili*, in *Amb.&Svil.*, 2011, 564 ss.; C. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. app.*, 2011, 775 ss.; G. PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, 85 ss.

35 In tal caso, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, l'autorità competente aggiorna l'autorizzazione rilasciata per esplicitare la quantità in termini di peso e la tipologia di materiale destinata esclusivamente alla produzione di biometano. Si veda pure il comma 1 *bis*, ai sensi del quale "le modifiche si considerano non sostanziali se, rispetto alla situazione esistente, non determinano un incremento delle emissioni in atmosfera e se il sito interessato non è ampliato più del 25 per cento in termini di superficie occupata. Nel caso di modifiche sostanziali, l'interessato invia all'autorità competente la domanda di autorizzazione ai sensi del comma 1 e i termini procedimentali per il rilascio della nuova autorizzazione sono ridotti della metà, fermo restando che il provvedimento finale dovrà esplicitare la quantità in termini di peso e la tipologia di materiale destinata esclusivamente alla produzione di biometano".

36 Con riferimento al dibattuto tema della disponibilità dei terreni sui quali realizzare le opere di connessione degli impianti di produzione da fonti rinnovabili, si segnala come la l. 15 luglio 2022, n. 91 è opportunamente intervenuta sul comma 4 *bis* dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 stabilendo che "per la realizzazione di impianti alimentati a biomassa, ivi inclusi gli impianti a biogas e gli impianti per produzione di biometano di nuova costruzione […] ferme restando la pubblica utilità e le procedure conseguenti per le opere connesse, il proponente deve dimostrare nel corso del procedimento, e comunque prima dell'autorizzazione, la disponibilità del suolo su cui realizzare l'impianto. Per gli

Sull'applicabilità di detti titoli autorizzativi, peraltro, si è avuto modo di chiarire che gli impianti alimentati da biometano non hanno natura di impianto di "trattamento di rifiuti", in quanto sono funzionali alla produzione di energia rinnovabile sotto forma di biocarburante (biometano), utilizzando una biomassa, dunque una fonte rinnovabile, quale, ad esempio, la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (FORSU). Sebbene il materiale utilizzato nel processo di trasformazione per la produzione del biogas sia classificabile come "rifiuto", il carattere biodegradabile di esso assume efficacia determinante nella qualificazione dell'intervento nel suo complesso. Ed infatti, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 28/2011, per "biomassa" si intende "la frazione biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui di origine biologica provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali), dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, comprese la pesca e l'acquacoltura, gli sfalci e le potature provenienti dal verde pubblico e privato, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani" (lett. e) (nozione sostanzialmente analoga è rinvenibile all'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 387/2003); per "biometano" si intende il "gas ottenuto a partire da fonti rinnovabili avente caratteristiche e condizioni di utilizzo corrispondenti a quelle del gas metano e idoneo alla immissione nella rete del gas naturale" (lett. o). Da ciò deriva, quindi, che, ai fini dell'autorizzazione alla relativa realizzazione ed esercizio, risulta applicabile il procedimento di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003[37], per l'appunto relativo alla realizzazione degli impianti alimentati da fonti

impianti diversi da quelli di cui al primo periodo il proponente, in sede di presentazione della domanda di autorizzazione di cui al comma 3, può richiedere la dichiarazione di pubblica utilità e l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio delle aree interessate dalla realizzazione dell'impianto e delle opere connesse".

37 Tanto è stato confermato anche in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2022, n. 2368) ove si evidenzia che, per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 è sufficiente osservare che, a seguito della novella di cui alla l. n. 99/2009, la norma si applica anche agli impianti per la produzione di biometano (comma 4 *bis*). Per quanto concerne invece la questione di ordine generale relativa all'effetto di variante urbanistica automatica che discende dai provvedimenti autorizzativi *ex* art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 ed *ex* art. 208 del T.U.A., va evidenziato che le due norme sono chiarissime nel prevedere, per l'appunto, che l'autorizzazione unica ex art. 12 e l'autorizzazione ex art. 208 del d.lgs. n. 152/2006 hanno anche, ove necessario, valenza di variante urbanistica, per cui non vi sarebbe bisogno di attribuire alle norme in commento altro significato diverso ed ulteriore rispetto a quello voluto dal legislatore. Tuttavia, va precisato che non è pensabile che il Comune interessato possa porre un sostanziale veto al rilascio del provvedimento autorizzativo (e dunque alla produzione dell'effetto di variante urbanistica automatica) richiamandosi alle disposizioni del proprio P.R.G. Del resto, se il legislatore avesse voluto attribuire tale potere al Comune, allora avrebbe dovuto estendere anche agli impianti *ex* art. 12 e ex art. 208 (i quali sono sicuramente impianti "produttivi") la disciplina di cui al d.P.R. n. 160/2010, ossia la c.d. "variante SUAP". Se non lo ha fatto, ciò vuol dire che per gli impianti in questione si è voluto prevedere una corsia "ancora più preferenziale" rispetto alla variante SUAP. Inoltre, le prerogative del Comune sono salvaguardate dal fatto che l'ente partecipa alla conferenza di servizi ed ha dunque la possibilità di portare dalla propria parte la maggioranza dei partecipanti. In

rinnovabili[38], sebbene - verrebbe da aggiungere - con riferimento a quegli impianti che hanno concretamente dimostrato di potere produrre l'energia elettrica fruibile[39] (ossia quella "protetta" dal *favor* del legislatore, a cui è applicabile l'art. 12 cit., la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili)[40].

Alla luce di quanto sopra detto, quindi, non troverebbe applicazione per dette tipologie di impianti (biometano) la procedura prevista dall'art. 208 del d.lgs. n. 152/2006[41]. Ciò in quanto, in buona sostanza, l'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 387/2003 annovera le biomasse (la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui provenienti dall'agricoltura e dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani) fra le fonti di energia rinnovabile e il successivo art. 12, comma 4 *bis*, disciplina il procedimento di autorizzazione per la realizzazione di impianti alimentati a biomassa per produzione di biometano. Pertanto, sebbene le matrici del processo di trasformazione che produce biogas siano classificate "rifiuti", costituisce l'elemento specializzante, che attrae gli impianti che li impiegano per produrre energia al regime previsto dal d.lgs. n. 387/2003, il fatto che essi siano, peraltro, biodegradabili[42]. Ora, dall'applicazione del procedimento di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, poi, consegue pertanto che la ponderazione dell'interesse alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (biometano), con prevalenza sul diverso assetto del territorio previsto dagli strumenti urbanistici comunali[43], è stabilita a monte dalla

---

questo senso, dunque, non è esatto dire che l'approvazione della variante urbanistica automatica è immotivata, in quanto la motivazione coincide con quella relativa all'autorizzabilità dell'impianto.

38 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2368, in *giustizia-amministrativa.it*, ove, peraltro, si rileva che «*considerato che l'impianto in questione è alimentato sia da energia elettrica che da fonti rinnovabili (tra le quali vi sono rifiuti), applicando la procedura "semplificata" ci si sarebbe posti in contrasto con l'art. 10.3 del d.m. 10 settembre 2010, secondo cui "gli impianti alimentati anche parzialmente da rifiuti, aventi le caratteristiche di cui al punto 10.2 e per i quali si applica la procedura di cui all'articolo 208 del decreto legislativo n. 152 del 2006 e successive modificazioni, sono soggetti all'autorizzazione unica di cui al punto 10.1, anche qualora tali impianti abbiano capacità di generazione inferiore alle soglie richiamate nella tabella 1*».

39 Dal momento che gli impianti in questione hanno ad oggetto la produzione di fonti elettriche rinnovabili tramite il vettore energetico biometano, essi, inquanto tali, non sono assimilabili nemmeno a industria chimiche, che invece rientra nelle categorie sottoposte ad Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), secondo quanto previsto dall'art.5, comma 1, lettera o *bis*), del d.lgs. n. 152/2006 e dall'Allegato VIII alla parte II d.lgs. cit., punto c). In giurisprudenza, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 14 giugno 2021, 328, in *giustizia-amministrativa.it*.

40 Si segnala, in via pretoria, T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 15 aprile 2023, n. 238, in *giustizia-amministrativa.it*.

41 Trattasi dell'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti.

42 Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 31 dicembre 2020, n. 553, in *giustizia-amministrativa.it*.

43 Secondo T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 25 settembre 2023, n. 5192, in *giustizia-amministrativa.it*, proprio con riferimento a impianti a biometano, «*va in primo luogo rilevato che l'art. 12 D. Lgs. 327/2003 ha espressamente previsto la possibilità di localizzazione di impianti di produzione di energia (come quello in esame) nelle zone agricole, senza limitazione o condizioni, riconoscendosi all'autorizzazione regionale adottata*

legge, che attribuisce all'autorizzazione regionale l'effetto di variante urbanistica[44]. Non è pertanto richiesta una motivazione rafforzata al riguardo, avendo già il legislatore stabilito la prevalenza dell'interesse ambientale[45], rivolto alla realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, rispetto al potere di pianificazione di competenza comunale[46].

---

all'esito della Conferenza dei servizi l'effetto di variante urbanistica. Ne consegue che non occorre una motivazione particolarmente rafforzata al riguardo, atteso che è lo stesso legislatore ad aver effettuato a monte una graduazione tra gli interessi coinvolti e meritevoli di tutela a fronte dell'iniziativa volta a realizzare impianti di tal genere, accordando prevalenza all'interesse ambientale che trova soddisfazione dalla realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, rispetto al potere di pianificazione di competenza comunale, potendosi giungere a conseguire l'autorizzazione (sulla base dei pareri positivi prevalenti), anche in assenza di adesione o in presenza di parere contrario dell'Amministrazione comunale circa la compatibilità urbanistica dell'impianto»; cfr. Cons Stato, sez. IV, 31 marzo 2022 n. 2368, in *giustizia-amministrativa.it*.

44 Cfr. art 12, comma 3, d.lgs. n. 387/2003, secondo cui la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

45 Come detto, tale impianto (biometano) è alimentato da "biomasse", in esse essendo compresa, ai sensi dell'art. 2 lettera e) del d.lgs. n. 28/2011, "la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani", e quindi anche la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (FORSU); trattandosi quindi di impianto di produzione di energia (biometano) da biomasse, ai sensi dell'art. 12 u.c. dello stesso decreto legislativo essi possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici (Cons. Stato, sez. IV, 13 agosto 2021, n. 5876, in *giustizia-amministrativa.it*).

46 Del resto, è stato chiarito che l'effetto di variante urbanistica riconosciuto *ex lege* all'autorizzazione unica «*la disposizione che attribuisce al provvedimento di autorizzazione unica l'effetto di variante allo strumento urbanistico generale, pone chiaramente un limite* […] *alla competenza pianificatoria dei Comuni in materia di localizzazione di impianti di produzione di biometano e spiega perché il parere negativo, eventualmente espresso dal Comune, abbia rilevanza solo se motivato su presupposti diversi da quelli che giustificano le scelte generali di governo del territorio. Se dunque non è consentito al Comune di individuare le 'aree non idonee' in sede di pianificazione, a fortiori, esso non può opporre un divieto di localizzazione in sede di esame del singolo progetto esprimendo parere negativo*» (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 09 agosto 2022, n. 587; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 14 giugno 2021, n. 328; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 07 ottobre 2020, n. 1171; T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 14 giugno 2021, n. 484, tutte in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'eventuale mancanza del consenso del Comune non rappresenta di per sé in ogni caso un valore decisivo in senso ostativo, in considerazione dell'effetto - previsto direttamente dalla legge - di variante prodotto dalla Conferenza e dall'autorizzazione unica, residuando in capo al Comune un mero obbligo di recepimento).

Il procedimento *de quo*, per finalità semplificatoria ed acceleratoria realizzata seguendo il modulo della conferenza di servizi, prescinderebbe, pertanto, pure dalla regola della competenza del Comune in materia urbanistica, sebbene non costituendo una deroga ad essa, e potendosi giungere a conseguire l'autorizzazione (come nella specie sulla base dei pareri positivi prevalenti), anche in assenza di adesione o in presenza di parere contrario dell'Amministrazione comunale circa la compatibilità urbanistica dell'impianto. Ad ogni buon conto, si badi bene che, con riferimento alla natura degli impianti in questione, si è pure evidenziato come non si possa negare *sic et simpliciter* che si tratti di attività di recupero dei rifiuti (si veda il caso, dibattuto, delle FORSU) per il sol fatto che l'impianto abbia la finalità di produrre biometano. Ed infatti, ai sensi dell'art. 184 *bis*, lett. a) del d.lgs. n. 152/2006, presupposto necessario affinché una sostanza sia individuabile come "sottoprodotto" è che essa abbia avuto origine "da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto". Nel caso della FORSU (ad esempio), essa non deriva da alcun processo produttivo, ma da processi di consumo, ragion per cui non è possibile qualificarla come "sottoprodotto". Peraltro, l'art. 184 *ter* del d.lgs. n. 152/2006 prevede che "un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfi i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni […]". Difatti, la perdita della qualifica di rifiuto avverrà in un momento successivo al processo di recupero dello stesso, e, pertanto, prima dell'avvio - nonché nel corso - di tale operazione il "rifiuto" continua ad essere tale. Secondo parte della giurisprudenza, sul punto, la circostanza che la FORSU, come altri rifiuti biodegradabili, possa qualificarsi come "biomassa", ex art. 2, comma 1 lett. e) del d.lgs. n. 28/2011, ai fini della applicabilità delle norme in materia di produzione di energia rinnovabile, non toglie "che essa è e continua ad essere un rifiuto sino a che, ad ultimazione del ciclo di trattamento, viene definitivamente trasformata in un prodotto secondario"[47]. Detta lettura troverebbe aggancio anche nell'art 183 del d.lgs. n. 152/2006, il quale definisce l'attività di recupero dei rifiuti come "qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o

47 Recentemente, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 08 maggio 2023, n. 724; cfr. anche C.G.A.R.S., parere del 03 luglio 2019, n. 93, tutte in *giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che «*l'energia traibile dalla attività di recupero dei rifiuti biodegradabili costituisce solo una utilità che si affianca a quella insita nel recupero dei rifiuti stessi, e che tale utilità possa costituire il motivo principale che induce il gestore alla apertura dell'impianto non altera la natura dell'attività, che resta pur sempre anche una attività oggettivamente deputata al recupero degli stessi e, pertanto, agli impianti che producono energia rinnovabile tramite trattamento di rifiuti biodegradali sarà quindi certamente applicabile la disciplina inerente la produzione di energia di fonti rinnovabili, senza peraltro far derivare da tale statuizione la inapplicabilità delle norme sui rifiuti - sia la normativa afferente la produzione di energia da biomasse sia la normativa sulla gestione dei rifiuti*».

nell'economia in generale. L'allegato C della parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero". Tra le operazioni di recupero di cui all'allegato C della parte IV del medesimo decreto si ritrova, alla lettera R1, l'"utilizzazione principale come combustibile o come altro mezzo per produrre energia", come si prevederebbe nei progetti impiantistici in trattazione[48].

La soluzione sembrerebbe risiedere nell'analisi specifica dei diversi prodotti che possono essere impiegati per la produzione di biogas/biometano (qualificabili come sottoprodotti, piuttosto che come "rifiuti", ove si rispettino le condizioni e i criteri stabiliti dal citato art. 184 *bis*)[49].

Ad ogni buon conto, recentemente proprio in materia di impianti di biometano, si veda la legge 26 luglio 2023, n. 95 - di conversione del d.l. n. 57/2023 - che ha previsto regimi di autorizzazione semplificati, in parziale modifica dell'art. 8 *bis* del d.lgs. n. 28/2011. In

48 Diversamente, secondo Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2368, in *giustizia-amministrativa.it*, si è rilevato che l'impianto biometano non ha mai natura di impianto di trattamento di rifiuti, in quanto è funzionale alla produzione di energia rinnovabile sotto forma di biocarburante (biometano), «*utilizzando una biomassa, dunque una fonte rinnovabile, quale la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (FORSU)*».

49 In giurisprudenza si è affermato, con riferimento a effluenti di allevamento per la produzione di biometano, che «*nella Parte IV del d.lgs. n. 152/06 (cd. codice dell'ambiente), accanto alla nozione di "rifiuto" di cui all'art. 183 lett. a), è espressamente contemplata la nozione di "sottoprodotto", il quale, all'art. 183 lett. qq), è definito come "qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa le condizioni di cui all'articolo 184-bis, comma 1, o che rispetta i criteri stabiliti in base all'articolo 184-bis, comma 2". In particolare, all'allegato 1, sezione 1, del d.m. 13 ottobre 2016 n. 264, adottato in attuazione dell'art. 184-bis, comma 2, d.lgs. n. 152/06, è contenuta l'indicazione esplicita, tra le biomasse residuali – quali le biomasse che costituiscono residuo di un'attività produttiva e che possono essere impiegate come sottoprodotto in impianti energetici per la produzione di biogas –, degli "effluenti zootecnici". Ne consegue che tali effluenti di allevamento, come quelli oggetto dell'autorizzazione conseguita dalla società, laddove impiegati in impianti energetici per la produzione di biogas, assimilabili agli impianti per la produzione di biometano, possono assumere la qualifica di sottoprodotto*». Inoltre, si è pure rilevato come «*non è condivisibile la tesi proposta dall'appellante, secondo cui dalla lett. b) del secondo comma dell'art. 185 del codice dell'ambiente, recante le "esclusioni dal campo di applicazione", discenderebbe l'inclusione, nell'ambito di applicazione della stessa Parte IV, "dei sottoprodotti di origine animale destinati all'utilizzo in un impianto di produzione di biogas" (ragionando dalla previsione normativa, secondo cui l'esclusione riguarda, testualmente, "i sottoprodotti di origine animale, compresi i prodotti trasformati, contemplati dal regolamento (CE) n. 1774/2002, eccetto quelli destinati all'incenerimento, allo smaltimento in discarica o all'utilizzo in un impianto di produzione di biogas o di compostaggio")*», dal momento che tale ricostruzione non tiene conto del fatto che la menzionata esclusione dall'ambito di applicazione della Parte IV, giustificata dall'affermazione dell'applicazione di "altre disposizioni normative comunitarie, ivi incluse le rispettive norme nazionali di recepimento", «*non impedisce l'operatività di altre forme di esclusione, come quella menzionata di cui all'art. 184-bis nel caso in cui venga di per sé integrata la nozione di "sottoprodotto". Invero, sebbene gli impianti di produzione di biometano siano assimilabili ai citati impianti di produzione di biogas (rientranti nel campo di applicazione della Parte IV, ai sensi del citato art. 185), è necessaria l'ulteriore verifica in concreto se i prodotti da impiegare nell'impianto costituiscano rifiuti ovvero sottoprodotti*»; Cons. Stato, sez. IV, 09 gennaio 2023, n. 287, in *giustizia-amministrativa.it*.

particolare è ora prevista l'applicazione della PAS[50] per: nuovi impianti di capacità produttiva non superiore a 500 standard metri cubi/ora; gli interventi di parziale o completa riconversione alla produzione di biometano di impianti di produzione di energia elettrica alimentati a biogas, gas di discarica o gas residuati dai processi di depurazione; gli interventi su impianti per la produzione di biometano in esercizio che non comportino un incremento dell'area già oggetto di autorizzazione, a prescindere dalla quantità risultante di biometano immesso in rete a seguito degli interventi medesimi, nel rispetto di determinate condizioni[51].

---

50 Sulla natura giuridica della PAS (qui non oggetto di specifica trattazione) riconducibile al regime della "SCIA", recentemente cfr. G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti FER: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 3, secondo cui il dibattito «*manifestato dai richiamati contrasti giurisprudenziali, e la conseguente incertezza circa il momento in cui il titolo non è più soggetto a impugnazione e/o a contestazione di terzi e, dunque, acquisisce stabilità sul piano dell'ordinamento giuridico, non può certo essere risolto con un limitato intervento legislativo, quale è quello rappresentato dal comma 7-bis, più volte citato. E ciò perché una norma del genere, avendo natura prevalentemente processuale, incidendo sulla individuazione del dies a quo per la proposizione delle azioni di annullamento, in mancanza di una contestuale revisione della disciplina sostanziale dell'istituto, determina gli esiti a cui qui si è fatto riferimento. Ossia, da un lato, tale disposizione, appunto per la natura processuale che la caratterizza, non è idonea a fornire definitivi elementi di qualificazione sostanziale dell'istituto; dall'altro, posta in un contesto di forte incertezza non potrà certamente conseguire il sotteso obiettivo di conferire maggiore chiarezza circa il momento in cui il titolo formatosi attraverso la PAS diviene inoppugnabile, così cristallizzando i suoi effetti*». Si leggano, da diversi angoli visuali, pure V. PARISIO, *Direttiva «Bolkestein», silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato A.P. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 2978 ss.; ID., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5556 ss.; G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 4, 864 ss.; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'adunanza plenaria del consiglio di stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215 ss.; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività e silenzio dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 22; N. PAOLANTONIO, *Denuncia di inizio attività e consenso tacito dell'amministrazione*, in *GiustAmm.it*, 2004; M. E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzativi ed all'inerzia dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 1843; A. TRAVI, *voce Dichiarazione inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 344; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1245 ss.

51 Si badi che, seppure è evidente la rilevanza nell'ordinamento nazionale ed europeo che deve essere riconosciuta al principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili e alla semplificazione amministrativa autorizzativa - per cui, anche in sede di valutazione di compatibilità ambientale, il giudizio dell'amministrazione deve essere svolto in modo analitico e non mediante formule stereotipe -, detto principio non rende, comunque, la realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile (come il biometano) sempre prevalente sulle esigenze di tutela ambientale, perché ciò comporterebbe di fatto la sterilizzazione (e, quindi, la negazione) del bilanciamento di interessi cui è istituzionalmente preposta l'autorità competente in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA). Come evidenziato in giurisprudenza, «*non è dunque possibile sostenere che gli obiettivi di sviluppo e*

3.1. PNRR e utilizzo del biocombustibile

Giova premettere che gli obiettivi nazionali fondamentali per la decarbonizzazione e la transizione energetica sono contenuti, *in primis*, nel Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC)[52] adottato nel gennaio 2020[53], a cui si aggiungo quelli di cui al Piano per la Transizione Ecologica (PTE), che recepisce il nuovo perimetro europeo fissato a livello di *Green Deal* e fornisce un quadro delle politiche ambientali ed energetiche integrato con gli obiettivi meglio delineati nel PNRR e a livello comunitario[54].

Orbene, a livello nazionale, il PNRR[55] ha affidato l'attuazione della "Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica" alla "Missione 2," suddividendola in quattro diverse componenti: C1. Agricoltura sostenibile ed economia circolare; C2. Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; C3. Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; C4 Tutela del territorio e della risorsa idrica.

In particolare, la Componente 2 prevede il raggiungimento degli obiettivi attraverso cinque linee di riforme e investimenti. La prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili. La seconda linea di intervento ha l'obiettivo di potenziare e digitalizzare le infrastrutture di rete. La terza linea progettuale vede come "protagonista" l'utilizzo dell'idrogeno: l'Italia, in linea con la strategia europea, intende perseguire questa opportunità e promuoverne la produzione e l'utilizzo. Quarto obiettivo all'interno della componente è quello di sviluppare un trasporto locale più sostenibile, non solo ai fini della decarbonizzazione ma anche come leva di miglioramento complessivo della qualità della vita.

---

valorizzazione della risorsa energetica rinnovabile prevalgano automaticamente sulla salvaguardia di altri interessi parimenti meritevoli di ampia protezione» (T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 20 settembre 2022, n. 736, in *giustizia-amministrativa.it*).

52 Si veda L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale: "governance" e strumenti di attuazione*, Bologna, 2019.

53 Secondo il PNIEC, è previsto il raggiungimento dei seguenti obiettivi: una percentuale di energia da FER nei consumi finali lordi di energia pari al 30%, in linea con gli obiettivi previsti per il nostro Paese dalla UE; una quota di energia da FER nei consumi finali lordi di energia nei trasporti del 22% a fronte del 14% previsto dalla UE; una riduzione dei consumi di energia primaria rispetto allo scenario PRIMES 2007 del 43% a fronte di un obiettivo UE del 32,5%; la riduzione dei "gas serra", rispetto al 2005, con un obiettivo per tutti i settori non ETS del 33%, superiore del 3% rispetto a quello previsto dall'UE; il "*phase out*" del carbone dalla generazione elettrica al 2025.

54 Con riferimento ai c.d. "settori *hard to abate*", il PTE indica come soluzione di decarbonizzazione per i comparti industriali l'impiego di combustibili rinnovabili: idrogeno, bioenergie e *fuel* sintetici, unita all'elettrificazione (ove possibile) e a sistemi di cattura e stoccaggio della CO2 residua.

55 Sul rapporto tra la decarbonizzazione e il PNRR, T. RONCHETTI, M. MEDUGNO, *Decarbonizzazione e transizione energetica nel PNRR*, in *Ambiente & sviluppo*, 2021, 10, 725 ss.; M.C. CILIBERTO, *Il contesto normativo*, in A. CANCRINI, M. MACCHIA (a cura di), *La regolazione dei biocarburanti e del biometano*, 2019, 17 ss.

Infine, gli investimenti contenuti nella quinta e ultima linea di questa componente intendono promuovere lo sviluppo in Italia di *supply chain* competitive nelle aree a maggior crescita che consentano di ridurre la dipendenza da importazioni di tecnologie ed anzi di farne motore di occupazione e crescita.

Rilevante è anche la Componente 3: essa è invece stata suddivisa in tre linee di intervento, ossia (i) attuazione di un programma per migliorare l'efficienza e la sicurezza del patrimonio edilizio pubblico, con interventi riguardanti in particolare scuole e cittadelle giudiziarie; (ii) introduzione di un incentivo temporaneo per la riqualificazione energetica e l'adeguamento antisismico del patrimonio immobiliare privato e per l'edilizia sociale, attraverso detrazioni fiscali per i costi sostenuti per gli interventi; (iii) sviluppo di sistemi di teleriscaldamento efficienti.

In attuazione delle suddette Componenti, si colloca il d.m. 24 giugno 2022, n. 257, con cui il MITE ha adottato il "Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti" (PNGR), così trovando attuazione l'art. 198 *bis* del d.lgs. n. 152/2006[56]. Il PNGR costituisce, insieme al Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti (in fase di aggiornamento), uno dei pilastri strategici attuativi della Strategia Nazionale per l'Economia Circolare.

Secondo l'art. 198 *bis* sopra citato, il PNGR fissa i macro-obiettivi e definisce le linee strategiche cui Regioni e Province autonome si devono attenere nell'elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti. Ai sensi del successivo art. 199 (comma 8), le Regioni sono tenute ad approvare o adeguare al PNGR i rispettivi piani di gestione dei rifiuti entro 18 mesi, a meno che gli stessi non siano già conformi nei contenuti o in grado di garantire comunque il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla normativa europea (in tal caso i piani regionali sono adeguati in occasione della prima approvazione o del loro aggiornamento).

Quanto ai rifiuti organici da raccolta differenziata, il PNGR prevede che la pianificazione regionale individui il fabbisogno di trattamento con l'obiettivo di ridurre al massimo il trasporto di questa tipologia di rifiuti al di fuori del bacino di produzione, garantendo che il loro trattamento avvenga a livello regionale. Prevede inoltre che nelle aree "scarsamente infrastrutturate" gli impianti da realizzare siano proprio quelli di digestione anaerobica integrati con valorizzazione della produzione di biometano.

---

56 Secondo detto articolo, "il Ministero dell'ambiente della tutela del territorio e del mare predispone, con il supporto di ISPRA, il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti. Il Programma nazionale è sottoposto a verifica di assoggettabilità a VAS, ai sensi dell'articolo 12 del presente decreto ed è approvato, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, con decreto del Ministro dell'ambiente della tutela del territorio e del mare. Il Programma nazionale fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199 del presente decreto".

4. Il regime di incentivazione

Il regime di incentivazione alla produzione del biometano[57] trae sostanziale origine dal d.m. MISE 02 marzo 2018 recante "Promozione dell'uso del biometano e degli altri biocarburanti avanzati nel settore dei trasporti"[58]. Tra le diverse modalità di incentivazione della produzione di biometano, di biometano avanzato e di altri biocarburanti avanzati[59], nonché della loro immissione nella rete del gas naturale ai fini dell'utilizzo del settore dei trasporti, sono, infatti, da annoverare i certificati di immissione in consumo ("CIC")[60]. Al fine di rilasciare i CIC, il

57 Per una disamina completa, si veda il *Green Book* 2023 elaborato dalla Fondazione *Utilitatis*.

58 In data 12 giugno 2018, il GSE ha adottato le procedure applicative del D.M. 02 marzo 2018 che illustrano *inter alia*: (i) le procedure per il rilascio della qualifica; (ii) la determinazione e il riconoscimento degli incentivi ai produttori di biometano; (iii) la definizione del concetto di "materie prime"; (iv) la valorizzazione dei CIC; (v) le verifiche, i controlli e le sanzioni del GSE; nonché (vi) le varianti da apportare agli impianti. Il Decreto ha l'obiettivo di promuovere l'utilizzo del biometano da utilizzare nel settore dei trasporti, privilegiando il biometano avanzato e la sua produzione a partire da rifiuti e sottoprodotti. A differenza del precedente - e superato - d.m. 05 dicembre 2013, il d.m. in esame si incentra sulla promozione del biometano, biometano avanzato e altri biocarburanti destinati ad essere immessi nella rete del gas naturale per essere utilizzati nel settore dei trasporti. Il d.m. 02 marzo 2018 si applica agli impianti di produzione di biometano e agli impianti esistenti di biogas convertiti, parzialmente o totalmente, alla produzione di biometano che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2022, salvo il limite massimo di producibilità ammessa all'incentivazione che è pari a 1,1 miliardi di standard metri cubi all'anno. Il periodo di incentivazione decorre dalla data indicata al GSE dal produttore che dovrà cadere entro i 12 mesi successivi alla data di entrata in esercizio. dell'impianto. Le procedure in esame, in particolare, forniscono due definizioni di "data di entrata in esercizio di un impianto di produzione di biometano" a seconda che l'impianto sia collegato o non collegato a una rete con l'obbligo di connessione di terzi.

59 L'assetto delineato dal d.m. 2018 quanto all'incentivazione del biometano è incentrato principalmente su due tipi di meccanismi: *1)* Incentivazione del biometano immesso nella rete del gas naturale con destinazione specifica nei trasporti (art. 5), con riferimento al quale è previsto che il GSE rilasci CIC in favore del produttore di biometano che lo immette nella rete del gas naturale con destinazione al settore dei trasporti; *2)* Incentivazione del biometano avanzato immesso nella rete del gas naturale e destinato ai trasporti (art. 6), ai sensi del quale il GSE: (a) su richiesta del produttore ritira il biometano avanzato al prezzo definito dal decreto; (b) riconosce al produttore il valore dei corrispondenti CIC, comprensivi di eventuali maggiorazioni spettanti ai sensi dell'art. 33, comma 5, del d.lgs. n. 28/2011.

60 Questi rappresentano una modalità di incentivo alla produzione e all'immissione in consumo di biocarburanti - tra cui anche il biometano - introdotta per la prima volta dal decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 05 dicembre 2013. D'altra parte, come evidenziato da M. MACCHIA, *Certificazioni ambientali e logiche di mercato*, in *Dir. economia*, 2023, 3, 212 ss., «*in un mondo in cui il consumo di risorse è sempre più insostenibile, l'economia circolare rappresenta un investimento strategico*». Secondo l'Autore, «*sebbene il meccanismo di rilascio dei CIC costituisca il cardine di tutte le formule di incentivo, la sua disciplina applicativa presenta marcate differenze a seconda che l'incentivazione da perseguire concerna l'immissione nella rete del gas naturale con destinazione specifica nei trasporti di biometano (art. 5 del Decreto) o di biometano avanzato (art. 6 del Decreto)*». Il rilascio dei CIC è amministrato dal GSE, in qualità di organo di cui il Ministero dello Sviluppo Economico, sin dal 2013, si avvale per la gestione del sistema di obbligo

Gestore dei Servizi Energetici (GSE)[61] acquisisce dai produttori i contratti di fornitura (e le relative fatturazioni) stipulati con i titolari di impianti di distribuzione stradale e autostradale e con i titolari di impianti di distribuzione privati con destinazione d'uso specifica per i trasporti[62], nonché i contratti eventualmente stipulati da intermediari con i titolari degli impianti di distribuzione[63]. Di notevole interesse, già dal 2018, l'individuazione del biometano

di immissione in consumo dei biocarburanti. I CIC sono certificati che attestano l'immissione in consumo nel settore dei trasporti di biocarburanti sostenibili, compreso il biometano, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cui al d.l. 10 gennaio 2006, n. 2 40, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 2006, n. 81 e s.m.i.. Ai sensi di tale normativa, è previsto che i soggetti che immettono in consumo benzina e gasolio, prodotti a partire da fonti primarie non rinnovabili e destinati ad essere impiegati per autotrazione hanno l'obbligo di immettere in consumo nel territorio nazionale una quota minima di biocarburanti - tra cui il biometano - e di altri carburanti rinnovabili, nonché di combustibili sintetici purché esclusivamente ricavati dalle biomasse. Tuttavia, è altresì previsto che i medesimi soggetti possano assolvere al predetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri soggetti. In dottrina, *La regolazione dei biocarburanti e del biometano*, A. CANCRINI, M. MACCHIA (a cura di), Roma, 2019, 15 ss. Cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

61 Nelle procedure applicative il GSE identifica le seguenti ipotesi di decadenza della qualifica e, dunque, degli incentivi: (a) mancata comunicazione dell'inizio dei lavori dell'impianto entro 18 mesi dal rilascio della qualifica a progetto (al netto di eventuali ritardi causati da provvedimenti disposti dalle competenti autorità); (b) mancata comunicazione dell'avvenuta entrata in esercizio dell'impianto entro i termini previsti dal decreto (nel caso di impianto già qualificato a progetto); (c) mancata comunicazione di avvenute modifiche o variazioni tecniche o autorizzative all'impianto, che possano incidere sul meccanismo di incentivazione o sui requisiti di accesso agli incentivi; (d) accertamento di dichiarazioni falsi e mendaci nell'ambito della richiesta di qualifica.

62 I CIC vengono calcolati sulla base del quantitativo pari al minor valore tra le quantità di biometano effettivamente venduto tra le parti, come risultante dalle fatturazioni acquisite e le quantità di biometano immesso in rete secondo i dati rilevati dal sistema di misura ubicato nel punto di immissione. Nel caso in cui il biometano sia prodotto da materie di cui alle parti A e B dell'allegato 3 del decreto d.m. 10 ottobre 2014 (es. alghe coltivate su terra in stagni o fotobioreattori, rifiuti organici provenienti dalla raccolta domestica e soggetti alla raccolta differenziata, rifiuti biodegradabili di giardini e parchi, paglia, concime animale, glicerina grezza, gusci, pule, olio da cucina usato, etc.), è riconosciuta la maggiorazione di cui all'articolo 33, comma 5, d.lgs. n. 28/2011, che prevede il riconoscimento del doppio dei CIC spettanti (c.d. "*double counting*"). Ciò a condizione che l'utilizzo esclusivo di una o più di tali materie risulti espressamente dall'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio dell'impianto di produzione di biometano. In giurisprudenza, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 19 luglio 2023, n. 12181, in *giustizia-amministrativa.it*.

63 Il meccanismo previsto dal d.m. 10 ottobre 2014 prevede l'obbligo, a carico soggetti che immettono in consumo benzina e gasolio, di immettere obbligatoriamente in consumo un quantitativo minimo di biocarburante definito in una quota percentuale del quantitativo totale di benzina e gasolio immesso in consumo nello stesso anno solare. Inoltre, il GSE, secondo parametri determinati dal d.m. 10 ottobre 2014, rilascia i CIC a chi immette in consumo nel settore dei trasporti biometano o biocarburanti diversi dal biometano ma ad esso, sostanzialmente, equiparati dal legislatore. I soggetti obbligati, infine,

c.d. "avanzato": ai sensi dell'art. 1, comma 5, lett. b) del d.m. 02 marzo 2018, il biometano avanzato è il biometano ottenuto dalle materie elencate nella parte A dell'Allegato 3 al d.m. 10 ottobre 2014. In alternativa al regime di incentivazione previsto per il biometano e per un periodo di tempo non superiore a dieci anni dalla data di decorrenza dell'incentivo, si prevede che i produttori di biometano avanzato possono scegliere tra due opzioni: (i) ottenere il ritiro, totale o parziale, da parte del GSE del biometano avanzato immesso nelle reti con l'obbligo di connessione di terzi, a un prezzo pari a quello medio ponderato con le quantità, registrato sul Mercato a Pronti del Gas Naturale ("MPGAS")[64]; (ii) essere esclusi dal ritiro del biometano avanzato immesso in rete, procedendo autonomamente alla vendita finalizzata alla successiva immissione in consumo nel settore dei trasporti[65].

Nonostante tale primo intervento regolatorio, nella pratica le previsioni di tali decreti ministeriali (dal 2013 al 2018) non hanno condotto a significative realizzazioni di impianti di produzione di biometano, ciò comportando un persistente ritardo dell'Italia nel raggiungimento del *target* di fonti rinnovabili (pure nel settore dei trasporti). Per tale ragione, e alla luce degli obiettivi e delle *missions* del PNRR, si è ritenuto opportuno emanare ulteriori provvedimenti non solo ad interazione del d.m. 2018 ma pure per superare, *in melius*, quanto *ivi* espressamente previsto.

Da tale angolo visuale, il 10 agosto 2022 è stato pubblicato il d.m. 05 agosto 2022[66] - interpretativo del d.m. 02 marzo 2018 - recante "Promozione dell'uso del biometano e degli altri biocarburanti avanzati nel settore dei trasporti". Il decreto, in particolare, chiarisce che possono accedere agli incentivi di cui al d.m. 02 marzo 2018 gli impianti di produzione di biometano che: *(a)* abbiano presentato o presentino entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto la domanda di qualifica al Gestore dei Servizi Energetici (GSE)[67], e abbiano ottenuto o ottengano dal GSE la qualifica a progetto entro il 31 dicembre 2022; *(b)* siano in

---

possono soddisfare il proprio obbligo di quantitativo minimo di biometano o biocarburanti da immettere a consumo anche acquistando i CIC da tutti quei soggetti che ne abbiano disponibilità.

64 Ridotto del 5%, cui si aggiunge, per i produttori in regola con il pagamento dei corrispettivi dovuti al GSE, il riconoscimento del valore dei corrispondenti CIC, attribuendo a ciascun certificato un valore pari ad euro 375,00.

65 In tal caso i produttori hanno diritto al solo valore dei corrispondenti CIC, valorizzati dal GSE ad euro 375,00.

66 Il d.m. *de quo* proroga, *de facto*, il regime incentivante di cui al d.m. 02 marzo 2022 agli impianti di produzione di biometano che abbiano presentato ovvero presentino la domanda di accesso agli incentivi medesimi entro il 06 novembre 2022 e abbiano ottenuto ovvero ottengano entro il 31 dicembre 2022 la qualifica a progetto dal GSE per il riconoscimento del diritto all'incentivo e siano in possesso di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione del biometano rilasciata entro 19 settembre 2022.

67 In dottrina, S.M. SAMBRI, A. MUOLLO, *Il GSE e il GME. Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in E. PICOZZA, S.M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'Energia*, 2022, vol. X, 165 ss.

possesso, entro la data di entrata in vigore del decreto, di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio dell'impianto; *(c)* entrino in esercizio entro il 31 dicembre 2023.

Il decreto chiarisce inoltre che sono fatti salvi eventuali ritardi nella conclusione dei lavori relativi all'impianto qualificato non imputabili a responsabilità del produttore, causati da provvedimenti disposti dalle competenti autorità o da forza maggiore dichiarati dal produttore medesimo al GSE e da questo valutati come tali.

In tale quadro normativo si inserisce il d.lgs. n. 08 novembre 2021, n. 199 recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili"[68], che, in materia di biometano, ha previsto, *ex aliis*, l'estensione del meccanismo di incentivazione previsto per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili e per interventi di efficienza energetica di piccole dimensioni di cui all'art. 28 del d.lgs n. 28/2011 (i.e. "Conto Termico"[69]) agli interventi per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili di grandi dimensioni attraverso meccanismi di accesso competitivo (art. 10); l'attribuzione di una tariffa incentivante specifica per il biometano prodotto o immesso in rete le cui condizioni "saranno specificate" in un successivo decreto ministeriale e che conterrà anche le condizioni di cumulabilità con altre forme di sostegno e le modalità di coordinamento di tali incentivi con quelli di cui al d.m. del 2018 per il periodo successivo al 31 dicembre 2022 e fino al 30 giugno 2026 (art. 11); disciplina con decreto del MITE delle modalità per la concessione dei benefici delle misure PNRR Missione 2, Componente 2, Investimento 1.4 "Sviluppo del biometano, secondo criteri per promuovere l'economia circolare"[70].

68 Si veda anche quanto previsto dal d.lgs. 08 novembre 2021, n. 210, che recepisce la direttiva UE 2019/944 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (IEM). Il decreto contiene una serie di prescrizioni riguardo a principi generali di partecipazione al mercato, diritti, tutele e trasparenza contrattuali per i clienti finali; sistemi di aggregazione; clienti attivi e comunità energetiche; sistemi di produzione e consumo; disciplina dei sistemi di distribuzione chiusi; stoccaggi; obblighi di servizio pubblico per le imprese elettriche e competenze affidate a TSO e DSO nazionali, nonché a ARERA.

69 L'art. 28 del d.lgs. n. 28/2011 prevede che gli interventi di produzione di energia termica da fonti rinnovabili e di incremento dell'efficienza energetica di piccole dimensioni realizzati in data successiva al 31 dicembre 2011 sono incentivati sulla base di specifici criteri da definirsi in appositi decreti ministeriali, adottati con d.m. 28 dicembre 2012 istitutivo del "Conto energia termico" e il d.m. 16 febbraio 2016 recante aggiornamenti al Conto termico.

70 E in particolare definizione di: (a) criteri e modalità per la concessione, attraverso procedure competitive, di un contributo a fondo perduto sulle spese ammissibili connesse all'investimento per nuovi impianti di produzione di biometano e (b) condizioni di cumulabilità con gli incentivi tariffari di cui al precedente punto e (c) coordinamento con il regime incentivante di cui al d.m. del 2018 (art. 14).

Ora, proprio ai fini dell'implementazione di quanto disposto dal d.lgs. appena citato, si innesta il d.m. 15 settembre 2022, n. 340[71]. Quest'ultimo, infatti, disciplina l'incentivazione del biometano immesso nella rete del gas naturale, prodotto - nel rispetto dei requisiti di sostenibilità previsti dalla direttiva 2018/2001/UE - da impianti di nuova realizzazione alimentati da matrici agricole o da rifiuti organici. Si prescrive, nel dettaglio, che è oggetto di incentivo il biometano utilizzato come carburante nel settore dei trasporti (fino a un massimo di producibilità di 1,1 miliardi di metri cubi all'anno), e quello utilizzato per "altri usi" nei settori industriale, residenziale, terziario e nell'agricoltura, con esclusione della generazione termoelettrica[72].

Con tale d.m. viene circoscritto l'ambito di accesso agli incentivi del PNRR solo ai progetti che nascano in dipendenza e grazie al sostegno di detta speciale misura, evitando così la dispersione delle risorse del Piano per progetti che non necessitano di sussidi, al fine di destinarle precipuamente a quelli che, invece, non sarebbero nemmeno stati immaginati in mancanza di tale aiuto[73]. Ed infatti, il meccanismo di incentivazione (cfr. art. 3), in particolare, prevede un sistema di periodiche procedure competitive pubbliche[74], nell'ambito delle quali sono messi a disposizioni contingenti di produttività[75]. Al di là degli aspetti meramente

71 Il decreto nasce nell'ambito del PNRR e prevede una forte iniezione di contributi economici in favore del settore (circa 1,7 miliardi di euro).

72 Il biometano può essere, infatti, immesso anche nella rete del gas e veicolato verso impianti a più alta efficienza come quelli di Cogenerazione ad Alto Rendimento (CAR). In sostanza, gli impianti di cogenerazione attuali e in sviluppo potrebbero accogliere una parte del biometano incrementando la quota di fonti rinnovabili sia nella generazione elettrica che in quella termica. La soluzione, peraltro, contribuirebbe pure al soddisfacimento dei target previsti dall'*Emission Trading System* (cui sono soggetti gli impianti CHP con potenza installata superiore a 20MW).

73 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 23 marzo 2023, n. 5065, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, peraltro, «*la condizione dell'avvio dei lavori successivamente alla pubblicazione della graduatoria, contenuta come visto nel DM 340/2022 e confermata nelle Regole Applicative del GSE (paragrafo 2.2, 3.5 e 3.6), trova la sua fonte nel d.lgs. n. 199/2021, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Ai sensi dell'art. 4, comma 2, lettera c) del d.lgs.199 cit., infatti, i regimi di sostegno* [alle fonti rinnovabili] *sono adottati conformemente alla disciplina dell'Unione in materia di aiuti di Stato incluso il rispetto, tra gli altri, del principio secondo il quale non possono accedere agli incentivi le iniziative per cui è comprovata la realizzabilità anche in assenza di sostegno pubblico*».

74 La prima procedura competitiva - in cui è stato messo a disposizione il 100% del contingente di potenza annuo per il 2022, pari a circa 67.000 Smc/h - è stata già esperita.

75 Più nel dettaglio, il decreto *de quo* prevede due tipologie di meccanismi di incentivazione, cumulabili tra loro: *(i)* un contributo in conto capitale sulle spese ammissibili dell'investimento sostenuto, nei limiti del 40% dell'investimento stesso e *(ii)* una tariffa incentivante applicata alla produzione netta di biometano per una durata di 15 anni ed erogata dalla data di entrata in esercizio dell'impianto. In particolare: *(a)* gli impianti di capacità produttiva pari o inferiore a 250 Smc/h che immettono biometano nelle reti con obbligo di connessione di terzi, possono richiedere l'erogazione della tariffa spettante in

procedurali *ivi* contemplati per l'esperimento di dette competizioni[76], pare opportuno qui evidenziare come il paragrafo 3.5 delle regole applicative MASE (meglio esaminato al §4.1) elenchi una serie di circostanze al verificarsi delle quali l'intervento decade dalla graduatoria, tra cui rilevano, *ex plurimis*, l'insussistenza dei requisiti necessari per la partecipazione alla procedura competitiva o il mancato rispetto delle disposizioni e dei termini del d.m. in questione o delle relative regole applicative[77].

---

forma di tariffa omnicomprensiva, vale a dire comprensiva del valore economico derivante dalla vendita di gas naturale e del valore delle garanzie d'origine (garanzia sulla produzione di biometano di cui all'articolo 46 del d.lgs. n. 199/ 2021, distinta in garanzia di origine sulla produzione di biometano utilizzato nel settore dei trasporti e garanzia di origine sulla produzione di biometano utilizzato in altri usi); *(b)* gli impianti di capacità produttiva superiore a 250 Smc/h, nonché tutti gli impianti di produzione che immettono biometano nelle reti del gas naturale diverse dalle reti con obbligo di connessione di terzi, la tariffa spettante è erogata in forma di tariffa premio (cioè la differenza tra la tariffa di riferimento, il prezzo medio mensile del gas naturale e il prezzo medio mensile della garanzia d'origine).

76 Si prevede, in sintesi, l'apertura del bando per un periodo di 60 giorni, durante il quale ciascun soggetto richiedente può trasmettere le richieste di partecipazione alle procedure competitive; la valutazione della completezza dell'istanza di partecipazione da parte del GSE entro 5 giorni lavorativi dalla data di ricezione della stessa; la valutazione dei progetti e successiva pubblicazione della graduatoria dei progetti risultati in posizione utile entro 90 giorni dalla chiusura di ogni singola procedura. L'assegnazione dei punteggi per la formazione della graduatoria avviene sulla base di criteri indicati nelle regole applicative, elencati in ordine di priorità, ossia: *(i)* maggiore riduzione percentuale della offerta sulla tariffa; *(ii)* maggiore riduzione delle emissioni GHG rispetto ai valori percentuali minimi pari ad almeno il 65% delle emissioni di gas a effetto serra, ovvero, ad almeno l'80% delle emissioni GHG; *(iii)* l'anteriorità della data ultima di completamento della domanda di partecipazione alla procedura.

77 Checché sia previsto solo in via residuale ai fini dell'assegnazione dei punteggi per la formazione delle graduatorie, non convince il criterio n. 3 "anteriorità della data di completamento della domanda di partecipazione". Ed infatti, il criterio cronologico, a fronte del richiamato contingente, potrebbe rappresentare un criterio illogico e irragionevole, non consentendo alcuna adeguata ponderazione tra l'interesse privato e l'interesse pubblico. Quest'ultimo, del resto, nella materia che ci occupa è tutt'altro che marginale, se solo si consideri come, da un lato, gli impianti alimentati da fonti rinnovabili siano considerati di pubblico interesse (i.e., "primario"; cfr. art. 12, d.lgs. n. 387/2003) e, dall'altro, che ogni impianto ha un diverso impatto sui concorrenti profili di interesse pubblico, quali, ad esempio, le interferenze con il paesaggio e l'ambiente (i.e. "secondari"). Sotto diverso profilo, la giurisprudenza - in situazioni caratterizzate dalla presenza di un contingente limitativo delle autorizzazioni assentibili - ha precisato che «*non deve far ritenere che lo stesso Comune possa completamente disinteressarsi degli interessi che interferiscono con essa, fra i quali spiccano l'interesse pubblico*», con la conseguenza che «*la restrizione del mercato che tale regolazione ha comportato (con conseguente mancata operatività dei meccanismi concorrenziali) avrebbe richiesto, a parere del Collegio, l'adozione di una serie di accorgimenti volti ad assicurare che la scelta degli operatori da ammettere alla fase sperimentale ricadesse su coloro che, non solo garantiscano uno standard minimo di qualità, ma che siano anche in grado di soddisfare maggiormente l'interesse pubblico e quello degli utenti di poter beneficiare del miglior servizio possibile*», risultando «*evidente l'inadeguatezza del criterio cronologico*

Per completezza di analisi, non può, poi, non evidenziarsi la recente novella recata dalla legge 21 aprile 2023, n. 41, di conversione del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 (cosiddetto decreto "PNRR 3") che ha previsto l'estensione degli incentivi del d.m. 02 marzo 2018 anche ai progetti di realizzazione o riconversione di impianti di produzione di biometano e di biocarburanti diversi dal biometano "per i quali alla data del 31 dicembre 2022 sia stato rilasciato il provvedimento favorevole di valutazione di impatto ambientale, ovvero il provvedimento di non assoggettamento a tale procedura, nonché ai progetti che siano oggetto di procedura ad evidenza pubblica, purché, alla data del 31 dicembre 2022, sia stato sottoscritto il contratto con l'amministrazione aggiudicatrice".

Più recentemente, il d.l. 10 agosto 2023, n. 104 (c.d. "Decreto *Asset*") ha previsto, all'art. 18 *bis*, che il GSE aggiorni i valori della tariffa incentivante prevista dal d.m. 15 settembre 2022 e delle spese ammissibili su base mensile, facendo riferimento all'indice nazionale dei prezzi al consumo per l'intera collettività.

4.1. Le recenti regole applicative MASE

Per quanto qui di precipuo interesse, il 13 gennaio 2023 è stato adottato il decreto direttoriale n. 23 del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica ("MASE", già MITE) contenente le regole applicative (e relativi allegati e appendici) del d.m. n. 340 del 15 settembre 2022[78] *supra* citato.

Orbene, dette regole costituiscono l'ultimo *step* del complesso *iter* regolatorio già tratteggiato volto a definire gli incentivi per gli impianti di nuova realizzazione[79] alimentati da matrici agricole e da rifiuti organici e per gli impianti per la produzione di elettricità da biogas agricolo oggetto di riconversione[80]. Entrambi a condizione che immettano biometano nella rete del gas naturale. Dette regole recano, anzitutto, la definizione dei requisiti per l'accesso agli incentivi distinguendo tra requisiti di natura "soggettiva", propri del soggetto richiedente - ossia quel il soggetto (persona fisica o giuridica) che, *inter alia*, sostiene le spese per

prescelto dal Comune, criterio che, come correttamente rileva l'interessata, affida la selezione al caso»; cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 03 luglio 2020, n. 1274, in *giustizia-amministrativa.it*.

78 Ai sensi dell'articolo 12 del d.m. *de quo*, le regole applicative avrebbero dovuto essere emanate entro il 26 novembre 2022. Le stesse sono, invece, entrate in vigore in data 18 gennaio 2023.

79 Si parla, in particolare, di "nuova costruzione" con riferimento all'impianto realizzato utilizzando componenti nuovi o integralmente rigenerati per tutte le opere e le apparecchiature necessarie alla produzione, al convogliamento, alla depurazione, alla raffinazione del biogas e all'immissione del biometano nella rete del gas naturale.

80 La "riconversione" si riferisce a ciascun intervento su un impianto agricolo di produzione e utilizzazione di biogas per la produzione di energia elettrica, esistente al 27 ottobre 2022 che viene convertito alla produzione di biometano successivamente al 27 ottobre 2022 e, pertanto, destina, in tutto o in parte, la produzione di biogas a quella di biometano, anche con un aumento della capacità produttiva.

l'esecuzione dell'intervento, è titolare del titolo autorizzativo/abilitativo alla costruzione nonché del contratto di connessione/allacciamento alla rete con l'obbligo di connessione di terzi, ove prevista - e requisiti di natura "oggettiva", riferiti all'intervento da realizzare.

Se, da un lato, i requisiti di natura soggettiva appaiono in linea con i requisiti generalmente richiesti nell'ambito delle procedure competitive di matrice pubblicistica (es. quelli di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016), dall'altro, particolarmente numerosi e dal contenuto altamente tecnico appaiono quelli di natura oggettiva, in considerazione della complessità della tipologia di impianti da realizzare[81]. In particolare, con riferimento alla capacità produttiva generata da impianti che presentano "interconnessioni funzionali" (da considerarsi tecnicamente e giuridacmente, ai sensi delle regole qui in commento, quale "unico impianto"), il paragrafo 2.3.6 introduce, pregevolmente, il concetto di "artato frazionamento" (mutuato dalla disciplina delle fonti fotovoltaiche[82]) e "capacità produttiva cumulata", da intendersi come la somma delle capacità introduttive di impianti incentivati, localizzati in prossimità tra loro e nella disponibilità del medesimo produttore o riconducibili, a livello societario, a un unico produttore[83].

---

81 Tra i requisiti di natura oggettiva, oltre a quelli strettamente correlati alle caratteristiche impiantistiche, alle matrici delle materie prime utilizzabili o, ancora alla definizione di capacità produttiva, si segnalano anche il requisito relativo alle informazioni che devono essere contenute nel titolo abilitativo dell'impianto e quello relativo alla data in cui si possono avviare i lavori di realizzazione dell'impianto medesimo. Cfr., per un approfondimento, C. TOMASETTI, *Il nuovo quadro regolatorio per gli incentivi al biometano*, 2023.

82 Peraltro, si evidenzia come il divieto di artato frazionamento costituisce «*un principio generale dell'ordinamento (solo esemplificato per gli impianti fotovoltaici dall'art. 12 del D.M. 5.5.2011) che opera a prescindere da una espressa e puntuale previsione normativa ed è applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili*» (Cons. Stato, Sez. II, 18 gennaio 2023, n. 640, in *giustizia-amministrativa.it*). Si veda, in giurisprudenza, anche TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 15 ottobre 2018 n. 2104, in *giustizia-amministrativa.it*.

83 Nello specifico, per l'individuazione della capacità produttiva cumulata, sono considerati gli impianti per i quali risultano verificate le seguenti condizioni: *(a)* impianti nella disponibilità del medesimo soggetto richiedente o riconducibili, a livello societario, a un unico soggetto e/o aventi medesimo titolare effettivo; *(b)* impianti localizzati in prossimità (*i.e.* distanza tra i baricentri delle sezioni di digestione anaerobica inferiore a 1 km); *(c)* impianti per i quali sia stata presentata richiesta di partecipazione alla medesima procedura competitiva, impianti che abbiano beneficiato degli incentivi o ammessi in posizione utile in una graduatoria di una precedente procedura. Da diversa prospettiva (ossia con riferimento a impianti FV), la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il criterio fondamentale per individuare una fattispecie di artato frazionamento «*non sia la titolarità attuale dell'impianto ma la riconducibilità del progetto ad un'unica iniziativa imprenditoriale, secondo la locuzione utilizzata dall'art. 29 del d.m. 23.6.2016. La giurisprudenza della Sezione* […] *al fine di dimostrare l'intima connessione tra impianti energetici, ha sempre ritenuto rilevanti e conferenti, quali "elementi integrativi" ai sensi del cit. art. 29, le coincidenze temporali relative agli snodi essenziali della realizzazione degli stessi (richiesta dei necessari titoli autorizzativi; inizio o fine dei lavori; unicità del punto di connessione). Quanto alla verifica della sussistenza della riconducibilità dell'impianto ad un'unica iniziativa imprenditoriale, la sezione ha altresì chiarito*

Sul piano autorizzatorio, il paragrafo 2.2 delle regole in esame si concentra sul titolo abilitativo per la costruzione dell'impianto. In particolare, esso, ai sensi del documento *de quo*, oltre ad essere valido ed efficace, nonché nella titolarità del soggetto richiedente, deve: *(i)* per impianti di produzione di biometano destinato al settore dei trasporti[84], specificamente indicare che per la produzione di biometano sono utilizzate esclusivamente una o più materie prime definite "materie prime avanzate"[85] e consentire una verificabile riduzione di almeno il 65% delle emissioni di gas a effetto serra (GHG); *(ii)* per impianti di produzione di biometano destinato ad altri usi[86], consentire una verificabile riduzione di almeno l'80% delle emissioni GHG[87].

Detto paragrafo 2.2. chiarisce, inoltre, che i lavori di realizzazione dell'impianto biometano non devono essere avviati prima della data di pubblicazione della graduatoria relativa alla procedura competitiva cui ha partecipato l'impianto. Avvio, quest'ultimo, che risulta

---

che non è sufficiente fare riferimento agli istituti civilistici del collegamento o del controllo societario, ovvero della direzione e coordinamento societario (ex artt. 2359 e 2497 c.c.) i quali, in base alle norme qui rilevanti, costituiscono solo uno dei possibili riscontri della "riconducibilità" societaria ad un unico produttore […]. *Piuttosto il collegamento societario potrà essere ravvisato allorquando ricorrano plurimi elementi concordanti e significativi da cui sia ragionevolmente desumibile l'esistenza di un collegamento tra le iniziative esaminate, secondo una ricostruzione spettante all'amministrazione e sindacabile sul piano della ragionevolezza e della coerenza logica*»; TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 22 marzo 2021, n. 3477, in *giustizia-amministrativa.it*.

84 Si intende qui il biometano utilizzato come carburante in forma compressa o liquida per la trazione nel settore dei trasporti, secondo le modalità di cui al d.m. 10 ottobre 2014.

85 Cfr. Allegato VIII, Parte A, d.lgs. n. 199/2021. Il decreto legislativo *de quo* ribadisce, peraltro, il ruolo delle Garanzie di Origine (GO) come documento atto a comprovare a un cliente finale che una determinata quota o quantità di energia è prodotta da fonti rinnovabili. In tale contesto, l'ARERA ha recentemente presentato (maggio 2023) al Ministero competente una proposta in materia di GO, ritenendo opportuno distinguere, per il caso delle GO del biometano, la destinazione d'uso. Nel caso in cui il biometano sia destinato a settori diversi dai trasporti, la GO avrebbe la finalità non solo di *fuel mix disclosure* ma anche di comprova degli adempimenti previsti dal Regolamento 2018/2066 sul monitoraggio e comunicazione di gas a effetto serra (ai sensi della direttiva 2003/87/CE). Ai sensi del d.lgs. 199/2021, in ogni caso, la GO è rilasciata al produttore di biometano a eccezione dei casi in cui tale produttore riceva un sostegno economico nell'ambito di un meccanismo di incentivazione che non tenga conto del valore di mercato della GO. Come evidenziato in dottrina (S. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*), un meccanismo in grado di incorporare all'interno della GO anche le missione evitate di carbonio, «*avrebbe il vantaggio di far emergere fin da subito il valore di mercato delle GO, soprattutto se queste venissero utilizzate nel sistema ETS, in alternativa alle Emission Unit Allowance, a comprovare l'utilizzo di biomasse a zero emissioni*».

86 Ossia le modalità di impiego del biometano prodotto diverse dall'utilizzo come carburante nel settore dei trasporti (es. settori industriale, terziario, residenziale e dell'agricoltura), ad esclusione del settore di generazione termoelettrica.

87 Come pure evidenziato in commenti (cfr. C. TOMASETTI, *op. cit.*), laddove i titoli abilitativi non dovessero contenere queste informazioni, il GSE può utilizzare, ai fini della verifica del rispetto dei requisiti elencati, le informazioni riportate nella documentazione tecnica trasmessa all'ente competente ai fini dell'ottenimento del titolo abilitativo stesso.

"ampliato" rispetto alla prassi: non a caso per "avvio dei lavori" si intende qui la prima tra *(a)* la data di inizio dei lavori di costruzione (come risultante dalla comunicazione di inizio lavori presentata all'ente competente), *(b)* la data del primo fermo impegno[88] relativo all'ordine di attrezzature ovvero *(c)* ogni altro impegno che renda irreversibile l'investimento. Sono escluse dall'ambito di applicazione delle lettere *(b)* e *(c)* appena elencate le spese relative ad attività preliminari quali la progettazione, l'accettazione del preventivo di allacciamento, la richiesta dei permessi, gli studi di fattibilità e le consulenze tecniche, le spese di acquisto dei terreni e le prime operazioni di preparazione dei terreni.

Proprio con riferimento a queste ultime, sovvengono dubbi interpretativi sul perimetro applicativo delle "prime operazioni di preparazione dei terreni", al netto di un assoluto silenzio regolatorio sul punto. Potrebbe, infatti, trattarsi tanto di primi scavi sul terreno/movimentazioni di terra, quanto di installazione di una mera recinzione per delimitare l'area, interventi questi abbastanza differenti tra loro. Ad ogni modo, «ciò che sembrerebbe non essere consentito è tutto ciò che richiederebbe la previa apposizione del cartello di cantiere, posto che detta apposizione necessita, a sua volta, di una previa comunicazione formale di avvio dei lavori all'ente competente (questa non consentita prima della pubblicazione della graduatoria relativa alla procedura competitiva cui si partecipa)»[89]. Peraltro, pare appena il caso di rilevare come le disposizioni qui esaminate nulla dicano con riferimento alla conciliazione tra la data di avvio dei lavori ai sensi delle regole applicative (successiva alla pubblicazione della graduatoria della procedura competitiva a cui si prende parte) e quella stabilita dal titolo autorizzativo. Ora, posto che l'incentivazione segue una via parallela - non sovrapposta - a quella del procedimento autorizzativo, va da sé che dette date ben potrebbero divergere tra loro, richiedendo, in siffatta ipotesi, quantomeno una proroga del termine di avvio dei lavori da inviarsi all'autorità competente sul titolo abilitativo, onde evitare qualsiasi decadenza dalla graduatoria *supra* citata. Quanto alle procedure competitive (già brevemente tratteggiate al §4 del presente scritto), le regole applicative prescrivono che gli impianti risultati in posizione utile devono entrare in esercizio entro - dalla data di pubblicazione della graduatoria - 18 mesi per gli impianti agricoli di produzione di biometano e 24 mesi per gli impianti di produzione di biometano alimentati da rifiuti organici. Entro 30 giorni decorrenti dall'avvio dell'esercizio i titolari degli impianti risultati in posizione utile devono, quindi, comunicare al GSE la data di entrata in esercizio[90]. Detta comunicazione di

88 Trattasi del primo ordine documentato relativo alle spese di realizzazione dell'intervento (ossia il primo ordine delle attrezzature).

89 C. TOMASETTI, *op. cit.*

90 A pena di decadenza dal beneficio della tariffa incentivante, la comunicazione di entrata in esercizio dell'impianto deve essere presentata al GSE al più tardi entro 30 giorni decorrenti dall'ultimo mese di ritardo rispetto al termine ordinario. Analogamente, a pena di decadenza dal beneficio del contributo

entrata in esercizio è, quindi, valutata dal GSE con le modalità di cui alla l. n. 241/1990. Sul punto, le regole applicative (paragrafo 3.6) elencano diverse fattispecie che, qualora accertate dal GSE in fase di verifica, determinano la decadenza dalla posizione utile in graduatoria (a titolo meramente esemplificativo, *inter alia*, il superamento dei termini per l'entrata in esercizio, l'avvio dei lavori in data antecedente a quella di ammissione in graduatoria, il trasferimento a terzi dell'impianto[91]).

In aggiunta ai controlli per la predisposizione della graduatoria e per l'ammissione agli incentivi, il GSE può, poi, esperire verifiche, documentali o tramite sopralluogo, durante l'intero periodo di incentivazione[92]. Di particolare rilevanza, a tal proposito, è la puntuale elencazione (paragrafo 16.2) delle violazioni rilevanti che comportano la decadenza dal diritto agli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate e/o la restituzione del contributo in conto capitale e della qualificazione alla stregua di violazioni non rilevanti di tutte le violazioni diverse da quelle espressamente qualificate come rilevanti e che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi o dei premi.

Pure in questo contesto, pare evidente la conferma del ruolo determinante del GSE, che detiene, di fatto, un ruolo chiave nella promozione e incentivazione dell'utilizzo del biometano a livello nazionale[93].

---

in conto capitale, fermo il rispetto della data di entrata in esercizio del singolo impianto, detta comunicazione deve comunque pervenire al GSE entro il 30 luglio 2026.

91 Questo - "trasferimento a terzi dell'impianto" - diversamente da quanto disposto dal d.m. 04 luglio 2019 ("Decreto FER 1") relativo alle altre fonti rinnovabili, che sanziona tale fattispecie con una decurtazione della tariffa incentivante e non con la decadenza *tout court* dagli incentivi.

92 Tali procedimenti dovranno avere una durata massima di 180 giorni (salvi i casi di maggiore complessità), al termine dei quali il GSE si pronuncerà adottando un provvedimento espresso, motivato sulla base delle risultanze raccolte nel corso del controllo e delle eventuali osservazioni presentate dall'interessato.

93 Pur non essendo questa la sede per una trattazione di dettaglio, si rammenta che l'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, rubricato "Controlli e sanzioni in materia di incentivi", attribuisce al GSE un generale potere di controllo teso a verificare la sussistenza, rispettivamente in capo ai soggetti interessati al conseguimento degli incentivi o già beneficiari degli stessi, dei requisiti per accedervi o mantenerne l'erogazione. Nell'esercizio di tale potere il GSE ha, in particolare, la possibilità di disporre il rigetto dell'istanza o la decadenza dall'incentivo, con il recupero delle somme già erogate. In dottrina, A. COIANTE, *op. cit.*, 5 ss.; G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 1, 3 ss.; F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, 229 ss.; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, 6 ss.; G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2012; M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; C. VIVIANI, F. TRIVERI, *I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi*, in *Giur. cost.*, 2021, 10, 2191 ss. In

5. Conclusioni

Lento pede, il 2023 segna un importante passo in avanti nell'impulso allo sfruttamento delle miniere urbane che va nella direzione di accelerare pure il processo di decarbonizzazione urbana, contribuendo alla sicurezza energetica del nostro Paese anche con una produzione nazionale rinnovabile.

Del resto, la crescente richiesta di trattamento delle frazioni organiche dei rifiuti urbani, determinata negli anni dal progressivo incremento della raccolta differenziata, ha favorito un notevole sviluppo nel settore del trattamento biologico che si è evoluto anche attraverso l'adozione di tecnologie impiantistiche innovative. Infatti, accanto ai sistemi tradizionali di trattamento aerobico volti alla produzione di ammendanti da utilizzare in agricoltura, l'impiantistica si è dotata - negli anni - di sistemi integrati che uniscono tale modalità di trattamento alla digestione anaerobica, abbinando quindi il recupero di materia a quello di energia, contenendo le emissioni, e utilizzando infine il biogas generato e purificato per la produzione di energia e biometano[94]. Va da sé quindi che, per l'incremento di tali produzioni, siano da privilegiare forme di sostegno a mercato in grado di alleggerire l'impatto dei sussidi

giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 594; TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 19 luglio 2021, n. 8547; ID., 12 luglio 2021, n. 8242; ID., 14 dicembre 2020 n. 13443; ID., 4 novembre 2020, n. 11406; ID., 13 ottobre 2020, n. 10410; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 8442; ID., Sez. V, 12 gennaio 2017, n. 50, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Cfr. pure Cons. Stato, Ad. Plen., 11 settembre 2020, n. 18, in *Foro it*., 2021, 3, 175, con nota di E. ZAMPETTI, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 1, 1300 ss.; Cons. Stato, Sez. II, 4 aprile 2022, n. 2501; ID., Sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2583, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 9 febbraio 2022, 1547, in *giustizia-amministrativa.it*, «*premesso che il potere di verifica e controllo disciplinato dall'art. 42, d.lgs. n. 28/2011, secondo l'orientamento consolidato della Sezione, non è riconducibile al paradigma normativo del potere di autotutela di cui all'art. 21-nonies della legge 241/1990, trattandosi di un potere di decadenza previsto in caso di mancato rispetto della normativa condizionante l'erogazione degli incentivi, vertendosi in un settore speciale di attività amministrativa, preordinato al conferimento di incentivi pubblici, per il cui legittimo esercizio non sono richiesti i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell'affidamento) e temporali (termine ragionevole comunque non superiore a 18 mesi) previsti per il legittimo esercizio del potere di autotutela, il GSE è titolare di un potere immanente di verifica della spettanza di tali benefici; potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso*».

94 Da tale angolo visuale, il biometano ben potrebbe contribuire agli obiettivi del Trilogo UE finalizzato all'approvazione definitiva del testo revisionato della *Energy Performance Of Building Directive* (EBPD), ossia la "Direttiva Case *Green*" (riqualificazione energetica degli edifici e sviluppo rinnovabili). Diversi i nodi da sciogliere sul tavolo: dall'articolo su finanziamenti e incentivi, e l'armonizzazione del sistema degli APE, fondamentale per identificare il 15% degli edifici più energivori su cui intervenire prioritariamente, alle scadenze per la riqualificazione degli edifici.

sulla spesa pubblica, evitando che una eccessiva socializzazione degli tessi gravino sui consumatori più vulnerabili[95].

Ora, con riferimento al biometano, per quanto occorrerà certamente chiarire la portata applicativa di talune previsioni in materia di incentivazione (al momento ancora farraginose), è comunque apprezzabile lo sforzo del legislatore - e della giurisprudenza, con specifico riferimento alla "natura" di detti impianti in virtù della tipologia di "rifiuti/sottoprodotti" che in essi si riversano - di fornire un quadro "più completo" del settore, e ciò con riferimento alle procedure di accesso agli incentivi (e alla loro calendarizzazione nei prossimi anni), alle violazioni rilevanti, alle modifiche impiantistiche consentite durante il periodo di incentivazione nonché alla tipologia di contratti con il GSE fornendo così agli operatori di settore un quadro sistematico più affidabile anche ai fini della programmazione e realizzazione degli investimenti.

Non a caso, i recentissimi interventi operati in materia, da un punto di vista giuridico, rappresentano certamente un passo importante verso il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi di sostenibilità energetica fissati sia a livello europeo che nazionale. Il biometano può infatti - certamente - svolgere un ruolo primario nel raggiungimento dell'obiettivo di riduzione dei gas serra al 2030 e delle "emissioni zero" entro il 2050 (oltre che nell'aumento della sicurezza energetica europea), riducendo pure la dipendenza dal gas naturale russo e alleggerendo, di conseguenza, parte della pressione sui costi energetici di famiglie e imprese.

Ciò che preme evidenziare in questa sede, quale spunto per il miglioramento di quanto ad oggi prodotto in sede legislativa/regolatoria nazionale, è che i decreti volti alla incentivazione del biometano, pure alla luce delle relative procedure applicative, si limitano a disciplinare il quadro incentivante, senza però coordinare sistematicamente la regolazione tariffaria con il quadro autorizzativo degli impianti e, anzi, senza fare alcun riferimento alla fase "preventiva" di autorizzazione degli stessi (oltre alle già segnalate criticità "lessicali" recate dai regolamenti applicativi). Non a caso, detti decreti (dal 2018 ai più recenti del 2023) si limitano a stabilire che, per poter richiedere gli incentivi, il soggetto interessato deve aver "già ottenuto" la necessaria autorizzazione alla costruzione e all'esercizio dell'impianto. In sostanza, qualsiasi opportunità di investimento nel settore del biometano dovrà tenere in attenta considerazione non solo gli aspetti relativi agli incentivi, ma anche le tempistiche dell'*iter* autorizzativo e dell'effettivo rilascio dell'autorizzazione, anche in considerazione del fatto che gli impianti di biometano sono autorizzati, come detto, con PAS e AU. Di conseguenza, il rischio per gli operatori economici interessati è che i tempi lunghi per l'ottenimento preventivo

95 S. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*, secondo cui, peraltro, «*la questione centrale degli anni a venire sarà ridurre la dipendenza delle importazioni di gas e al contempo fronteggiare il cambiamento climatico. In tale contesto. Il biometano è in grado da una parte di ridurre le emissioni di C02 e dall'altra di contribuire all'efficienza e alla sicurezza energetica*».

dell'autorizzazione possano entrare in conflitto con quelli piuttosto brevi per il processo di incentivazione.

Aspetti sui quali il legislatore nazionale, unitamente all'autorità di settore, può (e deve) concentrarsi maggiormente, non solo al fine dello sdoganamento pieno della fonte energetica "biometano" in quanto tale (inteso pure quale "soluzione", innovativa, per la realizzazione di una dimensione urbana maggiormente *green*), ma anche per lo sfruttamento *tout court* di quella "miniera urbana" costituita, come detto in premessa, dagli scarti urbani che quotidianamente ci restituisce la città.

LE POLITICHE EUROPEE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Analisi di un processo virtuoso per il raggiungimento di uno sviluppo sostenibile "intelligente"

Anna Pirozzoli *

Abstract: l'intelligenza artificiale e le sue molteplici applicazioni prefigurano sviluppi tecnologici per i quali è necessario predisporre una sapiente opera normativa capace di garantire l'avanzamento dello sviluppo tecnologico e la tutela dei diritti dell'uomo. In questa direzione muovono le principali politiche europee - tra cui l'Artificial Intelligence Act - che con approccio dichiaratamente antropocentrico affrontano le nuove problematiche giuridiche, sociali e culturali dell'epoca del Novacene.

Abstract: a*rtificial intelligence and its multiple applications prefigure technological developments for which it is necessary to prepare a wise regulatory work that is able to reconcile the advancement of technological development with the protection of human rights. This is the direction in which the main European policies - including the Artificial Intelligence Act - are moving, which with an avowedly anthropocentric approach address the new legal, social and cultural issues of the Novacene Era.*

SOMMARIO: **1.** L'interferenza delle "macchine intelligenti"; **2.** L'intelligenza artificiale: rischi e opportunità; **3.** L'uomo al centro delle politiche europee sull'intelligenza artificiale; **4.** In conclusione.

1. L'interferenza delle "macchine intelligenti"

Le numerose e ormai pervasive applicazioni dell'intelligenza artificiale in settori ben più estesi di quelli meramente tecnologico-scientifici delle aree STEM - *science, technology, engineering and mathematics* - cui un tempo erano circoscritte le innovazioni della tecnica, influenzano oggi le economie degli Stati, il loro diritto, le relazioni sociali ed istituzionali, e

pongono questioni etiche, giuridiche e culturali sull'interazione di queste nuove macchine intelligenti con l'uomo e con la sua capacità di dominarle[1].

Appaiono di grande attualità le preoccupazioni di Martin Heidegger che nel corso di una conferenza, già nel 1953, sollecitava ad una riflessione sul dominio della tecnica con queste parole: «ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non è affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto adeguato con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca»[2].

Del resto, pochi anni dopo, con la coniazione del termine "*Artificial Intelligence*" (AI) ad opera di J. McCarthy durante la conferenza di Dartmouth[3], l'intelligenza artificiale ha iniziato a suscitare un entusiasmo scientifico inatteso, e al contempo non poche preoccupazioni riguardanti principalmente i rischi connessi al potenziale sviluppo di una coscienza autonoma oltre il controllo umano. I vantaggi dell'innovazione tecnologica vanno contemperati con la crescente capacità dell'AI di influenzare e orientare decisioni e azioni, sollevando inevitabili interrogativi sui potenziali fattori di rischio derivanti dalla natura stessa dell'AI, che per la sua somiglianza (certamente apparente) all'intelligenza umana, può rappresentare uno strumento funzionale all'accrescimento dell'uomo ma, allo stesso modo, una tecnologia in grado di "asservire" l'essere umano.

Siamo nell'era dell'iperintelligenza, il Novacene di James Lovelock, in cui l'interazione tra uomo e macchina definisce il "nuovo fattore critico" sociale, in grado di proporre problematiche che coinvolgono numerose e inedite sfere[4]. C'è l'urgenza per le istituzioni, nazionali e sovranazionali, di regolamentare le interazioni possibili, anche immaginando le implicazioni di una rapida evoluzione progressiva, ed affrontare le questioni giuridiche ed

---

1 * *Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi Niccolò Cusano – Roma.*
Sulla natura degli "artefatti" intelligenti e sul ruolo delle scienze cognitive per la loro mediazione cfr. A. RIZZO, *La natura degli artefatti e la loro progettazione,* in *Sistemi intelligenti, Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale*, 3/2000, pp. 437 ss. È interessante, inoltre, la posizione di Domenico Parisi sulla tesi del "disegno intelligente", su cui v. D. PARISI, *Due argomenti contro la teoria del "disegno intelligente"*, in *Sistemi intelligenti, Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale*, 1/2007, pp. 149 ss.
2 M. HEIDEGGER, *Gelassenheit* (1959), trad. a cura di A. FABRIS, *L'abbandono,* Il Melangolo, Genova, 2006, 36.
3 J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C.E. SHANNON (1955), *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, in *AI Magazine*, 27(4), 2006, pp. 12 ss.
4 J. LOVELOCK, *Novacene*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020.

etiche che coinvolgono i temi della responsabilità decisionale affidata ad una ipotetica "coscienza artificiale" inculcata in un'intelligenza non umana[5].

2. L'intelligenza artificiale: rischi e opportunità

Le opportunità che offre l'intelligenza artificiale indicando una nuova dimensione esistenziale sono innumerevoli. Sarebbe dunque poco lungimirante e realistica una lettura totalmente sfavorevole di questa nuova tecnologia che per sua stessa natura evolve ed impone l'evoluzione di chiunque vi interagisca. Tuttavia, prima di esplorarne i contributi positivi è essenziale esaminarne attentamente i rischi, anche per contestualizzare con consapevolezza il nuovo scenario normativo – europeo e nazionale – che va delineandosi in quest'ultimo decennio.

Del resto, qualche riflessione è d'obbligo se lo stesso CEO di OpenAI, Sam Altman, compare nell'elenco dei firmatari della Dichiarazione "*Mitigating the risk of extinction from AI should be a global priority alongside other societal-scale risks such as pandemics and nuclear war*"[6] in cui si elencano alcuni dei rischi derivanti dalle applicazioni dell'AI, in grado – secondo i suoi stessi ideatori – di perpetuare pregiudizi, alimentare armi autonome, promuovere la disinformazione e condurre attacchi informatici[7].

A questi rischi si aggiungono i potenziali effetti negativi del processo di creazione e implementazioni dei sistemi di intelligenza artificiale: l'AI, ad esempio, è estremamente esigente in termini energetici poiché richiede potenti infrastrutture informatiche che consumano considerevoli quantità di energia. Questo può comportare un incremento della domanda di elettricità con un impatto ambientale legato alla produzione di energia, soprattutto se proveniente da fonti non rinnovabili. È stato calcolato, ad esempio, che il processo di addestramento di una rete neurale convenzionale per l'AI utilizzata per la comprensione e l'elaborazione del linguaggio naturale, produce una quantità di anidride carbonica pari a quella generata da cinque automobili nel corso del loro ciclo di vita, pari a circa 284 tonnellate di anidride carbonica equivalente[8].

Tale impatto ambientale è ulteriormente aggravato dal peso dei *data center* che attualmente soddisfano la maggior parte del fabbisogno globale di AI, ma che entro il 2030 si prevede

5 A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 3 ss.

6 Testo disponibile all'indirizzo *www.safe.ai/statement-on-ai-risk*.

7 Sulla capacità degli attuali sistemi giuridici, fondati su un costituzionalismo liberale e sociale, di resistere al potere espresso dai giganti del web e delle tecnologie v. B. Caravita, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffré, 2020, pp. 459 ss.

8 E. STRUBELL, A. GANESH, A. MCCALLUM, *Energy and Policy Considerations for Deep Learning in NLP*, in *Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*, pp. 3645 ss.

arriveranno a consumare il 7% dell'intero *budget* energetico mondiale. Considerando l'impatto ambientale correlato[9], dunque, l'AI si dimostra fortemente energivora, e le proiezioni lasciano prospettare un futuro tecnologico sempre più penetrante in cui - secondo gli esperti - si potrebbe arrivare a possedere *personal computer* con oltre 5 milioni di *Gbyte*, capaci di simulare una rete neurale complessa quanto il cervello umano, sollevando non pochi dubbi sugli eventuali impatti energetici, oltre che etici e sociali[10].

Inoltre, questo processo sembra muoversi nella direzione contraria agli obiettivi tracciati dall'Unione Europea nel *Green Deal* europeo[11] e ribaditi dalla *European Climate Law*[12], che mirano invece a ridurre entro il 2030 le emissioni nette di gas serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990, e a raggiungere un'economia con emissioni nette di gas serra pari a zero entro il 2050. Si potrà forse confidare nell'ascesa degli "*hyperscale data centers*" sperimentati da aziende come Facebook e Amazon che utilizzano ampie schiere di *server* personalizzati per compiti specifici mitigando l'assorbimento energetico con un utilizzo condiviso. La transizione verso gli "*hyperscale data centers*", insieme a progressi nel raffreddamento, potrebbe consentire una significativa riduzione del consumo energetico che con lo sviluppo dei nuovi *microchip* e semiconduttori con tecnologia fotonica, potranno contribuire a migliorare l'efficienza energetica, trasformando l'AI stessa - paradossalmente - nel principale strumento di controllo sul consumo energetico dell'intelligenza artificiale[13].

Ci sono poi gli effetti delle applicazioni dell'intelligenza artificiale sui meccanismi sociali che evidenziano un mutamento rilevante soprattutto nel mondo del lavoro. L'introduzione dell'AI moltiplicherà inevitabilmente le forme di automatizzazione, comportando la riduzione della domanda del lavoro dell'uomo. Sono esposti al rischio di essere sostituiti dall'intelligenza artificiale, non più solo i lavori manuali - già meccanizzati dall'incremento di automazione degli ultimi cinquant'anni - adesso anche quelli di natura intellettuale e

9 A. LONGO, G. SCORZA, *Intelligenza Artificiale, impatto sulla nostra Vita Diritti e Libertà*, Milano, Mondadori, 2020.

10 Cfr. G. BUTTAZZO, *Coscienza artificiale: missione impossibile?* in *Mondo digitale*, 2022/1, pp. 16 ss.

11 Su cui *www.commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.*

12 *Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ('European Climate Law')*, disponibile all'indirizzo *www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119.*

13 M. GILES, *Is AI the Next Big Climate - Change Threat? We Haven't a Clue*, in *MIT Technology Review*, 29 luglio 2019, *www.technologyreview.com*, secondo il quale «*ironically, the biggest check on AI's power consumption could actually be AI itself*».

concettuale, a meno che non si affrontino adeguatamente le questioni riguardanti la riqualificazione del lavoro dell'uomo e la creazione di nuove opportunità occupazionali[14].

Anche perché i sistemi di intelligenza artificiale stanno già attraversando un processo evolutivo che oggi gli permette di processare immagini, di strutturare ampi testi (fino a 25.000 parole) con una riduzione di errori linguistici ed un arricchimento di contenuti talmente rilevante da riuscire a svolgere, ad esempio, ragionamenti legali o superare brillantemente test di medicina.

La nuova versione di *ChatGTP-4* è stata messa alla prova in USA, ad esempio, nelle abilitazioni per la professione legale dove si è dimostrata capace di superare l'esame di abilitazione medio con un punteggio del 75%, salvo poi generare false citazioni che, utilizzate in giudizio, sono costate una sanzione da 5000 dollari applicata a due avvocati statunitensi[15]. Anche nel test per l'accesso alla facoltà di Medicina tramite l'*United States Medical Licensing Examination* (USMLE) *GPT-4* ha dimostrato di riuscire a sovraperformare la versione precedente, rispondendo correttamente al 90% delle domande rispetto al 62,5% di *ChatGPT-3*. La versione più recente ha mostrato maggiore sicurezza, non modificando in nessun caso le sue risposte originali (*ChatGPT-3* lo aveva fatto invece nell'l'82,5% dei casi) ed ha persino mostrato capacità di sviluppare empatia, indicando il potenziale dell'intelligenza artificiale nel soddisfare le complesse esigenze interpersonali, etiche e professionali intrinseche alla pratica della medicina[16].

C'è un'interferenza nel mondo delle professioni prevedibilmente in aumento, se si considera inoltre lo sviluppo settoriale delle applicazioni dei sistemi di AI tramite la nuova versione *ChatGPT Enterprise* lanciata il 26 agosto 2023 da Open-AI e dedicata alle aziende a cui si offrono funzionalità avanzate di analisi dei dati ed opzioni di personalizzazione per ciascuna esigenza aziendale, sicurezza e *privacy* di livello aziendale, accesso illimitato ad alta velocità, e finestre contestuali più lunghe per l'elaborazione di input più complessi[17]. E ad Open-AI ora

---

14 Sugli effetti, ad esempio, in ambito giudiziario delle applicazioni di AI nell'ambito della digitalizzazione dei processi giurisdizionali si veda ora E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Franco Angeli, Milano, 2023.

15 Nello specifico, il rappresentante legale di un uomo che aveva citato in giudizio la compagnia Avianca Airlines e che chiedeva un risarcimento per lesioni personali, ha presentato casi precedenti per corroborare le sue richieste; ma almeno sei di questi casi si sono poi rivelati completamente falsi perché generati dal software di intelligenza artificiale: sul caso v. L. NEUMEISTER, *Lawyers submitted bogus case law created by ChatGPT. A judge fined them $5,000*, in *Ap NEws*, 23 giugno 2023.

16 E. STRONG; A. DI GIAMMARINO; Y. WENG ET AL., *Chatbot vs Medical Student Performance on Free-Response Clinical Reasoning Examinations*, in *JAMA Intern Med.*, 2023 (183); pp. 1028-1030.; D. BRIN, V. SORIN, A. VAID ET AL., *Comparing ChatGPT and GPT-4 performance in USMLE soft skill assessments.* in *Scientific Reports*, volume 13, 2023, pp. 16492 ss.

17 Nella presentazione del prodotto sul sito ufficiale (*www.openai.com/blog/introducing-chatgpt-enterprise*) OpenAI dichiara che "*Early adopters of ChatGPT Enterprise - industry leaders such as Block, Canva, Carlyle,*

fanno già concorrenza altri grandi colossi come Google, con la sua intelligenza artificiale generativa *Bard* e presto con la sua implementazione più evoluta *Gemini*; ma anche giovani *startup* fondate nella Silicon Valley, come *Inflection AI* - finanziata da Bill Gates, Eric Schmidt e Nvidia - il cui obiettivo è quello di trasformare *Chatbot PI* nel sistema più utile e coinvolgente, distinguendosi oggi per la possibilità di avviare conversazioni con il *chatbot* anche tramite messaggi *WhatsApp, Instagram e Facebook*, con modalità "empatiche", riducendo l'impressione di interagire con un sistema di intelligenza artificiale.

Uno studio recente condotto dall'Università della Pennsylvania e da Open-AI ha analizzato le potenziali implicazioni dei modelli GPT e delle relative tecnologie sul mercato del lavoro statunitense, prevedendo che circa l'80% della forza lavoro statunitense potrebbe subire gli effetti dell'introduzione dell'intelligenza artificiale su almeno il 10% delle proprie mansioni lavorative, mentre circa il 19% dei lavoratori potrebbe dover fronteggiare la riduzione di almeno il 50% delle proprie mansioni: un tale impatto coinvolgerebbe tutti i livelli salariali con una maggiore potenzialità di esposizione per i lavori ad alto reddito[18].

Questo può influenzare anche il modo in cui le nuove generazioni sviluppano le proprie competenze, e può ampliare i divari digitali e le disuguaglianze nell'accesso alle tecnologie e alle opportunità che ne derivano. Se da un lato l'intelligenza artificiale, attraverso l'automazione di processi e l'espansione dell'accesso a servizi digitali in aree sottosviluppate, può contribuire a ridurre il *digitale divide*, dall'altro può intensificare il divario per coloro che non hanno accesso alle risorse o alle competenze necessarie per utilizzare l'intelligenza artificiale in modo efficace. Questo potrebbe generare nuove forme di disuguaglianza sociale ed economica se non gestite in modo equo ed inclusivo, sottolineando l'importanza di sviluppare una *governance* dell'AI basata sull'equità, sull'accessibilità e sull'inclusione.

Occorrerà investire sull'alfabetizzazione digitale e sulle competenze tecniche al fine di garantire che le persone siano in grado di comprendere, utilizzare e beneficiare di queste nuove forme di tecnologia in modo significativo e responsabile. La riduzione del *digital divide* - potremmo dire la più "moderna" forma di disuguaglianza - rappresenta del resto l'obiettivo europeo, ispirato dagli *SDGs, Sustainable Development Goals*) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite[19], e perseguito innanzitutto attraverso le linee guida del *White Paper on Artificial*

The Estée Lauder Companies, PwC and Zapier - are redefining the way they do business and are using ChatGPT to create clearer communications, accelerate coding activities, quickly explore answers to complex business questions, assist creative work and more".

18 T. ELOUNDOU, S. MANNING, P. MISHKIN, D. ROCK, *GPTs are GPTs: An Early Look at the Labor Market Impact Potential of Large Language Models*, 23 marzo 2023, *www.arxiv.org/abs/2303.10130v4*.

19 *Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future*, al cui art. 3 lo sviluppo sostenibile viene definite come di seguito: "*Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The concept of sustainable development does imply limits - not absolute limits but*

Intelligence: a European approach to excellence and trust[20], a cui l'Italia ha dato seguito tramite la *"Strategia Nazionale per l'intelligenza artificiale"*, che prevede un investimento di 2,5 miliardi di euro nel quinquennio 2021-2025 per finanziare lo sviluppo delle tecnologie e delle applicazioni di intelligenza artificiale, soprattutto con l'obiettivo di raggiungere gli *SDGs* dell'Agenda 2030[21].

Nonostante le legittime perplessità e i dubbi giuridici che le applicazioni dell'intelligenza artificiale suggeriscono, è inevitabile riconoscerne le potenzialità significative nel contribuire allo sviluppo globale, promuovere il benessere umano e proteggere l'ambiente in cui vive l'uomo[22]. Se adeguatamente regolamentata, l'AI ha la capacità di ottimizzare le possibilità di raggiungimento anche dei 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*SDGs*), poiché, come è stato detto, le capacità innovative della scienza e della ricerca «sole possono garantire il "miracolo" di permettere uno "sviluppo sostenibile", in cui la modifica (…) dei modelli di consumo e di produzione dei beni dei paesi ricchi verso modelli di minore impatto ambientale si accompagni ad un miglioramento (…) delle condizioni di vita dei paesi del mondo industrializzato»[23].

In questo contesto l'intelligenza artificiale può essere utilizzata, ad esempio, anche per il monitoraggio e la raccolta di dati ambientali in maniera più efficiente rispetto ai metodi

---

limitations imposed by the present state of technology and social organization on environmental resources and by the ability of the biosphere to absorb the effects of human activities. But technology and social organization can be both managed and improved to make way for a new era of economic growth".

20 Il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale della Commissione europea, (COM/2020/65), 19 febbraio 2020, è disponibile all'indirizzo *www.commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_it.* La riflessione sull'AI e la sostenibilità raccoglie numerose sollecitazioni anche a livello internazionale a partire dal confronto in sede UE e OCSE e dalla cooperazione nell'ambito del G7 e del G20, nel cui ambito è stata avviata la GPAI, *Global Partnership on AI*, iniziativa *multi-stakeholder* che mira a colmare il divario tra teoria e pratica sull'AI.

21 In tal senso le indicazioni della *Strategia Nazionale per l'intelligenza artificiale del Ministero dello Sviluppo Economico*, settembre 2020, in cui si precisa che "l'IA deve essere al servizio delle persone, garantendo una supervisione umana, prevenendo i rischi di inasprimento degli squilibri sociali e territoriali potenzialmente derivanti da un suo utilizzo inconsapevole o inappropriato. L'IA deve essere progettata e realizzata in modo affidabile e trasparente, per una sua accettabilità consapevole e una intrinseca robustezza affinché sia adottabile in ogni ambito produttivo e capace di rispondere alle sfide sociali del nostro Paese. L'IA deve generare opportunità di crescita e di benessere per tutti gli individui, in linea con i principi contenuti nell'articolo 3 della Costituzione italiana e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite (ONU)", il testo è disponibile all'indirizzo *www.mimit.gov.it/images/stories/documenti/Strategia_Nazionale_AI_2020.pdf.*

22 Di una "Repubblica fondata sull'ambiente" parla A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente,* in *Istituzioni del Federalismo*, XLIII/2022, pp. 783 ss.

23 B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente,* Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 23-24. Sul principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile v. B. CARAVITA, L. CASSETTI, *La comunità internazionale,* in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Il Mulino, Bologna, 2016.

tradizionali. L'impiego di sensori e telecamere intelligenti consente di rilevare e misurare inquinanti atmosferici come PM 2,5 e PM 10, monitorare la qualità dell'aria, il livello di rumore, le emissioni veicolari, il consumo idrico, la deforestazione e altre informazioni rilevanti. I dati raccolti possono essere elaborati in tempo reale per identificare fonti di inquinamento, modelli di degrado ambientale o anomalie che richiedono un'azione immediata; questo approccio offre una visione più precisa e completa dello stato dell'ambiente, consentendo di prendere decisioni informate e rapide per la gestione e la protezione delle risorse naturali.

Inoltre, l'AI può analizzare grandi quantità di dati ambientali storici per prevedere e modellare in tempo reale gli impatti delle attività umane sull'ambiente poiché l'elaborazione di dati complessi consente di identificare tendenze, modelli e correlazioni che potrebbero altrimenti sfuggire all'analisi umana. Queste previsioni permettono di adottare misure preventive e piani di gestione adeguati a mitigare gli impatti negativi sull'ambiente, attraverso le analisi previsionali, ad esempio, si possono valutare gli andamenti dei cambiamenti climatici, simulare gli impatti di progetti di sviluppo su ecosistemi sensibili e prevedere la propagazione di inquinanti atmosferici.

Dunque, l'impiego dell'intelligenza artificiale nella previsione, nel monitoraggio e nella ricerca di soluzioni costituisce un processo virtuoso che può portare benefici significativi all'ambiente e alla salvaguardia del nostro pianeta. L'intelligenza artificiale offre l'opportunità di contribuire alla conservazione delle risorse naturali attraverso la gestione ottimizzata dell'acqua, del suolo, della flora e della fauna. Inoltre, mediante l'utilizzo di sensori intelligenti, telecamere e algoritmi di riconoscimento di immagini, è possibile individuare in tempo reale potenziali minacce ambientali come sversamenti di petrolio, fuoriuscite di sostanze chimiche pericolose o contaminazioni dell'acqua[24].

Il ruolo dell'intelligenza artificiale e il suo impatto nell'ambito ambientale si manifestano in modo significativo anche nell'ottimizzazione dell'utilizzo dell'energia in svariati settori. La

24 L'AI, ad esempio, può essere utilizzata per ottimizzare l'irrigazione agricola, monitorare l'umidità del suolo e suggerire le quantità di acqua necessarie per una crescita ottimale delle colture, acquisire immagini iperspettrali che rendano possibili approcci al territorio che consentono forme di agricoltura di precisione. In argomento L. ANAND, L.N.B. SRINIVAS, G. MARAGATHAM, *Intelligenza artificiale in agricoltura. Un approccio di apprendimento automatico,* Edizioni Sapienza, Roma, 2022. Inoltre, l'intelligenza artificiale può essere impiegata per migliorare le pratiche di gestione forestale, identificando aree a rischio di deforestazione o individuando specie vegetali a rischio di estinzione. Per quanto riguarda la fauna, l'AI può aiutare a identificare e monitorare le specie animali a rischio, riconoscere i modelli di migrazione e individuare i punti critici di incrocio con le attività umane. Ne è un esempio il progetto *d*ell'organizzazione *Wild Me* che con la collaborazione dell'Università dell'Illinois, del *Rensselaer Polytechnic Institute* (RPI) e dell'Università di Princeton, ha avviato una ricerca sulla fauna selvatica tramite l'intelligenza artificiale e la visione artificiale, per monitorare la popolazione animale e sviluppare nuove soluzioni per aiutare a combattere l'estinzione: la piattaforma di *Wildbook* è disponibile all'indirizzo *www.wildme.org/platforms.html.*

loro applicazione permette di condurre analisi dettagliate che identificano modelli di consumo inefficienti e suggeriscono soluzioni per ridurre i consumi e migliorare la funzionalità energetica. Tra gli esempi concreti di *machine learning* c'è l'efficientamento dei sistemi di illuminazione e del riscaldamento negli edifici, il controllo energetico nelle fabbriche e la proposta di rotte di trasporto più efficienti o di modelli di guida *eco-friendly*, tali interventi possono contribuire a una significativa riduzione degli sprechi e favorire una maggiore pratica del riciclaggio[25]. Grazie all'analisi dei dati e all'apprendimento automatico, infatti, l'AI consente di individuare sprechi e inefficienze nelle varie fasi dei processi produttivi, permettendo di ottimizzare le catene di approvvigionamento e prevedere con maggiore precisione la domanda dei consumatori, con conseguente riduzione degli sprechi di materie prime. Questo miglioramento nella gestione delle risorse conduce a un utilizzo più sostenibile delle stesse e promuove una maggiore efficienza nell'utilizzo dell'energia.

Anche la Commissione Europea, nell'ambito dell'*European Green Deal* e dell'*European strategy for data*, ha riconosciuto l'importanza dell'intelligenza artificiale per monitorare i fenomeni connessi al cambiamento climatico, nonché per progettare azioni mirate a anticipare gli scenari futuri e gestire i rischi ad essi correlati. Questo approccio consente anche di adattare le azioni e le politiche dell'Unione Europea alle sfide ambientali. In collaborazione con l'*European Space Agency* (ESA), l'*European Organisation for the Exploitation of Meteorological Satellites* (EUMETSAT) e l'*European Centre for Medium-Range Weather Forecasts* (ECMWF), la Commissione europea ha dato vita al progetto "*Destination Earth*" nel marzo 2022 che mira a sviluppare un modello digitale altamente accurato della Terra, una replica digitale del nostro pianeta che permette di monitorare e simulare fenomeni naturali, pericoli e attività umane correlate[26]. Tali caratteristiche innovative aiutano a progettare strategie di adattamento e misure di mitigazione precise ed efficaci, in grado di affrontare le sfide del cambiamento climatico a livello globale, agevolando allo stesso tempo la transizione verde europea e contribuendo al conseguimento degli SDGs, gli obiettivi di sviluppo sostenibile indicati dalle Nazioni Unite[27].

---

25 Sul *machine learning* come strumento di gestione dei disastri e di identificazione dei problemi ad alto impatto nell'ambito del cambiamento climatico cfr. J. JEBELIE, V. LAM, T. RAZ, *Understanding Climate Change with Statistical Downscaling and Machine Learning*, in *Synthese*, 199/2021, pp. 1877 ss.

26 W. D'AVANZO, *Le applicazioni dell'intelligenza artificiale a tutela dell'ambiente*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare dell'ambiente*, 2/2019, pp. 4 ss.

27 Per un'analisi dettagliata del contributo dell'intelligenza artificiale nel raggiungimento dei singoli obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) delle Nazioni Unite, si veda il Rapporto *"L'intelligenza artificiale per lo sviluppo sostenibile", pubblicato da CNR Edizioni il 30 giugno 2021, e* realizzato da Ong 2.0, dall'Associazione Italiana per l'Intelligenza Artificiale (AIxIA), dall'Associazione Comunità, Impegno, Servizio, Volontariato (CISV) e il Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, disponibile all'indirizzo

3. L'uomo al centro delle politiche europee sull'intelligenza artificiale

L'Unione Europea dimostra una consapevolezza crescente di tali processi da diversi anni. Infatti, già alla fine del 2020, al fine di sostenere gli Stati membri nel loro sforzo di accrescere l'offerta di istruzione specializzata in materia di intelligenza artificiale, la Commissione ha assegnato sovvenzioni a quattro reti universitarie, PMI e centri di eccellenza per l'implementazione di programmi di laurea avanzati nell'AI, per un totale di 6,5 milioni di euro. Con il sostegno dei finanziamenti dell'UE, le reti selezionate sono chiamate a collaborare nell'offerta di programmi di corsi di laurea di elevata qualità con un focus particolare sull'AI antropocentrica, sull'applicazione dell'AI nella pubblica amministrazione e nell'assistenza sanitaria.

Parallelamente, il *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, pubblicato nell'aprile del 2021, ha delineato la pianificazione per l'istruzione digitale per il periodo 2021-2027, che comprende il perseguimento di obiettivi etici riguardanti l'utilizzo dell'AI e dei dati nell'ambito dell'insegnamento e dell'apprendimento per gli educatori, nonché il sostegno alle attività di ricerca e innovazione in questo ambito. Nel quadro di tale iniziativa, si mira anche a favorire i tirocini nei settori digitali, estendendo le opportunità di partecipazione agli studenti e al personale docente dei corsi di istruzione professionale. Vengono, inoltre, promosse iniziative quali la progettazione e l'attuazione di programmi di istruzione specialistica, moduli e corsi di formazione di breve durata in settori chiave, al fine di consentire ai professionisti di diversi settori di acquisire competenze approfondite nell'uso delle tecnologie digitali. Infine, si prevede lo sviluppo di programmi di dottorato e moduli dedicati all'intelligenza artificiale, con l'intento di integrarli nei programmi di corsi di laurea non strettamente correlati alle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT)[28].

La promozione di uno sviluppo responsabile dell'intelligenza artificiale a livello globale è stata incentivata alche dall'*European Commission's Service for Foreign Policy Instruments* (FPI) e dal *Directorate General for Communications Networks, Content and Technology* (DG CONNECT), in collaborazione con l'*European External Action Services* (EEAS), che hanno lanciato un ampio progetto di sensibilizzazione internazionale basato su un approccio "centrato sull'umano". Tale iniziativa mira a istituire un quadro etico e di fiducia per favorire lo sviluppo di un'intelligenza artificiale con una dimensione etica, e a rispettare i valori fondamentali della

---

www.cnr.it/sites/default/files/public/media/attivita/editoria/VOLUME%20FULL%2014%20digital%20LIGHT.pdf.

28 *Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, il cui testo è disponibile su *www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review.*

convivenza civile, inclusi, tra gli altri particolarmente, il rispetto della dignità umana, l'eguaglianza[29], la non interferenza nei processi democratici[30], la sicurezza ed il rispetto della *privacy*[31]. Sono valori che nella prospettiva della loro applicazione nell'interazione tra l'uomo e l'intelligenza artificiale si arricchiscono di significato, introducendo nuove variabili interpretative[32] e nuove esigenze di regolamentazione[33].

Vale per la dignità dell'uomo[34], un concetto già difficile da definire nel contesto costituzionale, che si arricchisce di un nuovo significato, legato all'autonomia della persona e alla reale possibilità per l'essere umano di sapere – e quindi di scegliere – se e quando intrattenere un'interazione con una macchina, e di decidere consapevolmente l'assegnazione di determinati compiti ad un sistema artificiale autonomo[35].

Analogamente per il concetto di non discriminazione, che può intendersi non solo come pari possibilità di accesso alle tecnologie, ma anche come assenza di *bias*, ossia di "pregiudizi

---

29 T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo della società tecnologica*, in *Dir. inform.*, n. 4/2020, pp. 470 ss.

30 Su cui cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/2019, pp. 101 ss.

31 Il progetto di sensibilizzazione internazionale per un "*human-centric approach*", mira alla creazione di un quadro etico e di fiducia per consentire la crescita di un'intelligenza artificiale «connotata da un "*ethical purpose*", e da un obbligo di conformità ai valori fondamentali della convivenza civile»: A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'ALOIA, Franco Angeli, Milano, p. 13. Sulla necessità dell'affermazione di un diritto costituzionale ad una tecnologia "ragionevole" si veda A. SIMONCINI, *I linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti,* in *Rivista AIC*, 2/2023, p. 38.

32 A riguardo è interessante la rassegna di S. QUINTARELLI, F. COREA, F. FOSSA, A. LOREGGIA, S. SAPIENZA, *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: princìpi, diritti e raccomandazioni,* in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3/2019, pp. 183 ss.

33 A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo,* in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, pp. 411 ss.

34 Nella sterminata letteratura sulla dignità dell'uomo v. almeno A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 343 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html; L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, p. 24.

35 E. HICKMAN, M. PETRIN, *Trustworthy AI and Corporate Governance: The EU's Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence from a Company Law Perspective,* in *European Business Organization Law Review*, 22, 2021, pp. 593 ss.: «Beyond accountability concerns, it is arguable that even to the extent humans have the opportunity to input substantive rationality, there will be a tendency not to, because of a potential lack of willingness to contradict the machine. People tend to 'overtrust' decisions made by machines». Sulla necessità di un dialogo etico su come perseguire uno sviluppo umano integrale, per il quale è richiesta una governance che renda la tecnologia capace di non ledere la dignità umana cfr. A. PICCHIARELLI, *Per un'intelligenza artificiale a misura d'uomo: una possibile regolamentazione valoriale?*, in *IAIA Papers*, n. 47/2020, pp. 1 ss.

algoritmici"[36]. Gli algoritmi di intelligenza artificiale, infatti, possono essere influenzati da dati di addestramento parziali o di scarsa qualità, che possono portare a risultati discriminatori o ingiusti[37], anche perché questo può comportare implicazioni negative per la sostenibilità sociale ed economica. A tal proposito già la Commissione europea nel *White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust*, ha evidenziato che i rischi relativi all'uso dell'intelligenza artificiale possono essere legati al non rispetto dei diritti, alle libertà di espressione e di riunione, alla dignità umana, alla discriminazione fondata sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale[38].

In conclusione, l'attuazione di un'intelligenza artificiale etica, affidabile e orientata all'umanità costituisce una sfida significativa per l'UE, e richiede la collaborazione e l'impegno congiunto di tutte le parti coinvolte per garantire uno sviluppo responsabile e sostenibile delle tecnologie intelligenti.

È stato evidenziato, ad esempio, che i recenti sistemi di riconoscimento facciale o vocale utilizzati da grandi aziende come *Microsoft, Google e Face++* mostrano una tendenza a fare distinzioni di genere o razza. Un noto caso riguarda la discriminazione "*gender-biased*" di *Google*, che mostrava annunci di lavoro con salari molto alti solo a soggetti di sesso maschile, generando invece un risultato differente impostando il genere femminile con cui si ottenevano un numero inferiore di annunci relativi a lavori altamente remunerativi[39].

---

36 M. D. TARAMUNDI, *Le sfide della discriminazione algoritmica"*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2022/1, pp. 22 ss.; S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira, Florianopolis*, Set/Dec. 2020, pp. 112 ss. Di una dittatura dell'algoritmo parla M. AINIS, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La Nave di Teseo, Milano, 2018, pp. 19 ss. Di un "fascino perfido della perfezione matematica" parla A. STERPA, *Diritto e corpo. Elementi per una questione,* in *Federalismi,* 11/2021, p. 201.

37 J. DUNCAN, *L'intelligenza umana. Una prospettiva neurocognitiva,* Carocci editore, Roma, 2021. Sulle peculiarità dell'intelligenza umana rispetto all'intelligenza artificiale v. U. RUFFOLO, *La decisione algoritmica accanto al primato della decisione umana. Dialogo con Beniamino Caravita*, in A. POGGI, F. FABRIZZI, F. SAVASTANO (a cura di), *Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale Itinerario di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2023, pp. 111 ss.

38 *White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust,* cit., 13. In argomento cfr. R. XENIDIS, L. SENDEN, *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination,* in U. BERNITZ, X GROUSSOT, J. PAJU, S. DE VRIES, *General Principles of EU Law and the EU Digital Order,* The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2020, pp. 151 ss. In questa sede, infatti, è stato precisato che "tali rischi potrebbero derivare da difetti nella progettazione complessiva dei sistemi di intelligenza artificiale (anche per quanto riguarda la sorveglianza umana) o dall'uso di dati senza che ne siano state corrette le eventuali distorsioni (ad esempio se un sistema è addestrato utilizzando solo o principalmente dati riguardanti gli uomini, il che comporta risultati non ottimali per quanto concerne le donne)".

39 A. DATTA, M. C. TSCHANTZ *Automated Experiments on Ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination,* in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies,* 2015, pp. 92 ss.

Del resto, l'AI richiede un ampio accesso a dati di diversa natura, e qui l'altro punto, quello della privacy e della sicurezza della conservazione dei dati: un utilizzo e una gestione inappropriati possono comportare gravi violazioni e minacciare la sicurezza di informazioni sensibili per profilare gli utenti e risultare sempre più performanti alle richieste effettuate tramite la rete *web*[40]. Per limitare i rischi di un uso di dati incontrollato, nel marzo 2023 il Garante per la protezione dei dati personali ha disposto, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento dei dati degli utenti italiani nei confronti di OpenAI, la società statunitense che ha sviluppato e gestisce la piattaforma ChatGPT, ed ha contestualmente aperto un'istruttoria. Solo a seguito dei correttivi effettuati da Open-AI l'accesso è stato ripristinato, avendo ricevuto garanzia dell'implementazione di un sistema di verifica dell'età, di una campagna di comunicazione per informare gli italiani dell'accaduto e delle opzioni per opporsi all'utilizzo dei propri dati personali per l'addestramento degli algoritmi[41].

Questo episodio mostra con chiarezza quanto il processo di regolamentazione della *privacy* nell'ambito dell'intelligenza artificiale sia complesso e articolato[42], lasciando trasparire i dubbi riguardo all'efficacia degli strumenti giuridici attualmente disponibili, sicché il Regolamento europeo 2016/679 - *General Data Protection Regulation*, si dimostra inadeguato per affrontare le sfide introdotte da tale rapido progresso tecnologico[43].

Si consolida sempre più la possibilità di una legislazione europea dedicata esclusivamente all'intelligenza artificiale: è l'A*rtificial Intelligence Act* che dopo aver ottenuto l'approvazione delle Commissioni IMCO e LIBE del Parlamento europeo il 13 maggio 2023, ha incassato il 15 giugno 2023 l'approvazione degli emendamenti presentati, indicando nell'anno 2024 la conclusione procedurale dell'atto[44]. Obiettivo del Regolamento, espressamente dichiarato

---

40 Cfr. almeno A. SIMONCINI, A. ADINOLFI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche,* Napoli, ESI, 2022; G. CERRINA FERONI, C. FONTANA, E. RAFFIOTTA (a cura di), *AI Anthology,* Bologna, Il Mulino, 2022.

41 G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Mucchi, Modena, 2021; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, pp. 415 ss.

42 Sui rischi sempre maggiori per i diritti fondamentali, per l'estrazione di informazioni intime e per la manipolazione dei processi cognitivi derivanti dall'impatto delle tecnologie v. F. CIRILLO, *Neuroprivacy.. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2023.

43 T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *BioLawJournal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2022, p. 161. In argomento v. inoltre C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, I *principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato,* in *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Editoriale scientifica, Napoli, pp. 85 ss.

44 Si tratta del testo del *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts* disponibile all'indirizzo *www.artificialintelligenceact.eu/the-act/.* Sul rischio di un eccesso di regolamentazione si rinvia all'intervento di G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e ruolo della*

nell'Emendamento 3, è quello di istituire un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dell'intelligenza artificiale in conformità ai valori dell'Unione e garantire la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di intelligenza artificiale. Si tratta chiaramente di una proposta normativa che non intendere imporre un freno allo sviluppo, ma che pone il contemperamento dell'immissione nel mercato dell'intelligenza artificiale con le esigenze primarie dell'uomo, costruendo un sistema incentrato sulla tutela dell'uomo rispetto ad ogni potenziale rischio derivante dalle applicazioni di AI.

Si tratta, infatti, di una proposta normativa che segue un approccio basato sul rischio (*risk-based approach*)[45] e stabilisce obblighi diversi per i fornitori e per coloro che impiegano sistemi di intelligenza artificiale, graduati in funzione del livello di rischio che questa può generare.

Saranno quindi vietati i sistemi che presentano un livello di rischio "inaccettabile" per la sicurezza delle persone, ad esempio quelli utilizzati per il social *scoring*, ossia la classificazione delle persone in base al loro comportamento sociale o alle loro caratteristiche personali. Inaccettabili, e quindi vietati, sono anche le forme di AI che implicano una manipolazione comportamentale cognitiva di persone o gruppi vulnerabili, come anche l'utilizzo di sistemi di identificazione biometrica in tempo reale e a distanza, come il riconoscimento facciale[46].

---

protezione dei dati personali, 14 febbraio 2023, pubblicato sul sito del Garante della privacy all'indirizzo *www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9855742.* A riguardo v. L. ANTONINI, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Alla ricerca di un Habeas Corpus per l'Intelligenza Artificiale*, in AA.VV., *Intelligenza Artificiale: distingue frequenter. Uno sguardo interdisciplinare,* Roma, 2023, p. 105: «Di fronte a una sfida così radicale, cresce l'esigenza di disegnare un quadro regolatorio che, senza porre eccessivi (e ingiustificati) freni all'innovazione e alla ricerca, persegua però in modo adeguato la tutela dei diritti fondamentali e sappia garantire uno sviluppo realmente finalizzato al bene dell'umanità. È questo, peraltro, l'approccio fatto proprio, circa un anno fa, dalla Commissione europea, che, per prima a livello mondiale, ha messo in cantiere una giustamente ambiziosa proposta di Regolamento sull'*Artificial intelligence* (*AI Act*), il cui iter per l'approvazione è ancora piuttosto lungo ma finalizzato all'introduzione di regole armonizzate vincolanti».

45 J. VAN DER HEIJDEN, *Risk as an Approach to Regulatory Governance: An Evidence Synthesis and Research Agenda*, in *Sage Open*, 11-3, 2021, pp. 1 ss.; J. BLACK, *The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk-Management in the United Kingdom*, in *Public Law*, 2005, pp. 510 ss.

46 In particolare, facciamo riferimento a: sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano tecniche subliminali o tecniche manipolative o ingannevoli per distorcere il comportamento; sistemi di intelligenza artificiale che sfruttano le vulnerabilità di individui o gruppi specifici; sistemi di categorizzazione biometrica basati su attributi o caratteristiche sensibili; sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per il *social scoring* o la valutazione dell'affidabilità; sistemi di AI utilizzati per la valutazione del rischio che prevedono reati penali o amministrativi; sistemi di intelligenza artificiale che creano o espandono database di riconoscimento facciale attraverso *web scraping* non mirato; sistemi di intelligenza artificiale che deducono le emozioni nelle forze dell'ordine, nella gestione delle frontiere, sul posto di lavoro e nell'istruzione.

Viene considerato, invece, un "alto" rischio quello significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali, inteso come "risultato della combinazione della sua gravità, intensità, probabilità di accadimento e durata dei suoi effetti e la capacità di colpire un individuo, una pluralità di persone o un particolare gruppo di persone", e qui la salute comprende anche i rischi ambientali connessi alle criticità delle reti energetiche.

In questi casi tutti i sistemi di intelligenza artificiale considerati ad alto rischio - seppure non vietati come quelli inaccettabili - dovranno essere valutati prima di essere messi sul mercato e durante tutto il loro ciclo di vita, evidenziando una graduazione di rischi e corrispettivi obblighi di sicurezza, tracciabilità e trasparenza maggiore rispetto alle condizioni meno impattanti considerate di "rischio limitato", per le quali l'*AI Act* sposta maggiormente sull'utente la valutazione personale del rischio, e dunque la decisione - opportunamente informata - dell'utilizzo o meno dello strumento di intelligenza artificiale.

L'impostazione è chiara, nessun limite allo sviluppo ma ampie restrizioni quando si tratta delle interferenze sull'uomo, sulla sua dignità, la sua affermazione sociale: da qui il divieto di riconoscimento tramite AI delle emozioni (ammesso e non concesso che questo possa realmente avvenire); il divieto di riconoscimento biometrico in tempo reale negli spazi pubblici; il divieto d'uso di qualsiasi materiale protetto da *copyright* nel set di addestramento di modelli linguistici di grandi dimensioni; ed una serie di raccomandazioni sui *social media* ai cui amministratori si richiede una maggiore responsabilità per l'impatto dei contenuti veicolati, ad esempio riguardo la loro potenziale capacità di influenzare i giovani, o anche gli elettori e l'esito delle elezioni.

Si delinea la volontà europea di tracciare politiche antropocentriche, che riescano a garantire l'equilibrio tra l'inarrestabile (ma poi perché dovremmo arrestarlo!) processo di innovazione, e la creazione di un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia, dello Stato di diritto e dell'ambiente[47]. Ciò anche

47 Così letteralmente l'Emendamento 3 alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione "Lo scopo del presente regolamento è promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell'ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, sostenendo nel contempo l'innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno. Il presente regolamento istituisce un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dell'intelligenza artificiale (IA) in conformità ai valori dell'Unione e garantisce la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA), salvo espressa autorizzazione del presente

costringendo i colossi della *big technology* in vincoli più restrittivi, al fine di scongiurare il pericolo di una maggiore vulnerabilità alla manipolazione sociale da parte di cattivi attori tecnologici, di una sfiducia crescente nelle informazioni non verificate, e di una preoccupante sorveglianza di massa[48].

4. In conclusione

Questo approccio antropocentrico adottato nelle regolamentazioni europee dell'intelligenza artificiale contribuisce ad un utilizzo consapevole della tecnologia costruendo i presupposti normativi del reale raggiungimento di un benessere equo e sostenibile[49]. È la ragione per cui l'Unione Europea è impegnata a promuovere linee guida etiche e a investire nell'istruzione e nella formazione digitale, al fine di consolidare su una società pronta e consapevole un quadro normativo per un'AI affidabile e responsabile[50]. Tuttavia, il futuro dell'intelligenza artificiale è complesso e richiede un'attenta riflessione sulla sua *governance* e applicazione. È essenziale garantirne un utilizzo inclusivo ed etico[51], affinché possa contribuire in modo efficace al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, migliorando la vita delle persone senza compromettere i valori fondamentali della convivenza civile.

Nel complesso panorama in cui l'intelligenza artificiale svolge un ruolo sempre più penetrante, emerge l'urgenza di una regolamentazione adeguata a indirizzarne e governarne la diffusione e l'applicazione: *l'Artificial Intelligence Act* risponde a questa esigenza che, nel mitigare i potenziali eccessi di una tecnologia ancora non completamente esplorata, non deve rischiare di costruire un apparato burocratico che soffoca l'innovazione e i progressi della ricerca.

---

regolamento. Alcuni sistemi di IA possono anche avere un impatto sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sull'ambiente. Tali preoccupazioni sono affrontate specificamente nei settori e nei casi d'uso critici elencati negli allegati del presente regolamento".

48 N. T. NIKOLINAKOS, *EU policy and legal framework for artificial intelligence, robotics and related technologies: the AI Act*, Springer, 2023, pp. 412 ss.

49 Gli indicatori di benessere equo e sostenibile sono entrati nell'ordinamento italiano per la prima volta, con la riforma della legge di contabilità n.196 del 2009 operata dalla legge n.163/2016, venendo inclusi tra gli strumenti di programmazione e valutazione della politica economica nazionale. Il set di indicatori sviluppato dall'ISTAT e dal CNEL è corredato da misure di disuguaglianza e sostenibilità, che quantificano la distribuzione del reddito disponibile e la sostenibilità ambientale del benessere.

50 Esprime qualche dubbio sulla resistenza della prospettiva antropocentrica nell'ambito della tutela ambientale F. CALISAI, *Intelligenza artificiale e ambiente*, in *Giustizia civile*, 4, 2021, pp. 895 ss.

51 F. CONTE, E. CORDELLI, V. GUARRASI, G. IANNELLO, R. SICILIA, P SODA, M. TORTORA, L, TRONCHIN, *Sustainable AI: inside the deep, alongside the green, paper* per Ital-IA 2023: 3rd National Conference on Artificial Intelligence, 29-31 maggio 2023, Pisa, *www.ital-ia2023.it/workshop/ai-per-la-sostenibilita.*

Le decisioni strategiche concernenti l'AI devono essere guidate dalla prudenza del legislatore e delle istituzioni che plasmano le politiche europee e internazionali, ponendo particolare attenzione all'occupazione, all'istruzione delle nuove competenze digitali, all'ambiente, e ai mutamenti sociali e culturali che investiranno le generazioni che vivranno il prossimo secolo. In questo processo occorre coinvolgere la più vasta gamma di *stakeholder*, tra cui l'industria, il mondo accademico e i *think tank*, i quali, con il loro contributo, possono consentire di forgiare politiche responsabili e proporzionate[52].

Al di là delle imponenti prospettive tecnologiche, è doveroso per gli uomini applicare sempre quelle capacità e competenze che le macchine, per loro stessa natura, non possono raggiungere. Per realizzare un futuro in cui l'AI sia un catalizzatore di benessere collettivo, occorre agire con saggezza, adottando una *governance* che bilanci con cautela le esigenze di sviluppo tecnologico con la protezione dei valori fondamentali della società: solo con tale approccio ragionevole (quanto solo un umano può esserlo) possiamo sperare di raggiungere l'armonioso equilibrio tra un luminoso progresso e una completa salvaguardia dei diritti dell'uomo.

52 A riguardo è interessante esaminare le riflessioni raccolte nel *Briefing* del *Think Tank* del Parlamento europeo, intitolato *Artificial intelligence [What Think Tanks are thinking]*, *www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/745695/EPRS_BRI(2023)745695_EN.pdf.*
Si tratta di una piattaforma sperimentale online progettata dal Massachusetts Institute of Technology per esplorare i dilemmi morali affrontati dai veicoli autonomi: *www.moralmachine.net/.*

LE STRATEGIE DI RILANCIO DEI BORGHI NEL PROCESSO DI TRANSIZIONE DIGITALE DEL PNRR

Anna Pirozzoli

Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico Università degli Studi Niccolò Cusano - Roma

ABSTRACT: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza rappresenta la principale fonte di rilancio sociale, economico e culturale per i piccoli Comuni e i borghi storici. In particolare, il Piano Borghi sta disegnando un processo di valorizzazione e recupero di realtà territoriali preziose e allo stesso momento complesse del nostro territorio, focalizzando una buona parte degli investimenti nel processo di digitalizzazione che, oggi, può rappresentare la chiave di volta per il consolidamento di una rinnovata forma di rinascita economica e culturale.

ABSTRACT: the National Recovery and Resilience Plan is the primary contributor towards the social, economic, and cultural restoration of small municipalities and historic villages. Its significance as a catalyst for sustainable development within these communities is beyond dispute. The Borghi Plan is developing a process for promoting and restoring valuable yet intricate areas of our region. A significant portion of the investments will be channelled towards digitisation, which is currently pivotal in establishing a rejuvenated form of economic and cultural recovery.

SOMMARIO: **1.** Il contesto normativo: il (difficile) dialogo tra le istituzioni; **2.** Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura: le tracce che puntano alla transizione digitale dei piccoli borghi; **3.** Strumenti per il superamento del *digital divide*; **4.** La digitalizzazione dei servizi nei piccoli Comuni; **5.** I metaborghi e la digitalizzazione del patrimonio culturale; **6.** Conclusioni.

1. Il contesto normativo: il (difficile) dialogo tra le istituzioni

Il *Piano Nazionale dei Borghi* rappresenta lo strumento di maggior sostegno alla rigenerazione dei borghi e dei piccoli Comuni all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ed è volto a favorire lo sviluppo economico e sociale delle aree più lontane dai grandi centri urbani e avviare la rigenerazione culturale dei piccoli centri. In particolare, l'investimento *2.1 Attrattività dei Borghi*, nell'ambito della M1C3 - Turismo e Cultura 4.0, prevede un finanziamento complessivo pari a 1.020 milioni di euro, suddivisi in due linee

d'intervento per la presentazione e l'approvazione di progetti per il rilancio di 250 borghi italiani[1].

Le iniziative all'interno di questo contesto si concretizzano attraverso l'attuazione di progetti locali integrati, intrisi di un approccio culturale utile a valorizzare luoghi ricchi di patrimonio culturale, storia, arti e tradizioni, che costituiscono l'impulso propulsivo di un'esperienza turistica potenzialmente più autentica e sostenibile. Oltre al restauro del ricco patrimonio storico, alla riqualificazione degli spazi pubblici e alla creazione di servizi culturali, si vuole promuovere la divulgazione di itinerari innovativi, al fine di ampliare l'offerta turistica e rendere accessibili agli ospiti le ricchezze culturali dei borghi. Infine, il Piano introduce incentivi finanziari volti a sostenere attività culturali, creative, turistiche, commerciali, agroalimentari e artigianali, che mirano a dinamizzare le economie locali, sottolineando l'importanza e il valore dei prodotti, delle conoscenze e delle tecniche radicate nel tessuto territoriale.

Si intende, dunque, rilanciare il settore economico e sociale di borghi disabitati o caratterizzati da un avanzato processo di decadenza e abbandono, integrando gli obiettivi di tutela del patrimonio culturale con le esigenze di rivitalizzazione sociale ed economica, di rilancio occupazionale e di contrasto allo spopolamento[2].

L'investimento in questione richiama l'attenzione su vari ambiti di competenza regionale, sia concorrente che residua. Ciò implica considerazioni specifiche per settori quali il turismo (art. 117, co. 4, Cost.), la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la promozione e organizzazione di attività culturali (art. 117, co. 3, Cost.), la *governance* del territorio con particolare riferimento alla rigenerazione urbana (art. 117, co. 3, Cost.), la produzione artigianale, agro-alimentare e il commercio (art. 117, co. 4, Cost.). Ambiti che rientrano certamente nelle competenze regionali, tanto che nel corso del tempo le Regioni hanno

---

1 In particolare, la linea A è dedicata a progetti pilota per la rigenerazione culturale, sociale ed economica dei borghi abbandonati o a rischio di abbandono, con una dotazione finanziaria di 420 milioni di euro a favore di 21 borghi individuati da Regioni e Province autonome; la seconda linea, invece, è dedicata a progetti locali per la rigenerazione culturale e sociale con una dotazione finanziaria complessiva di 580 milioni di euro destinati ai borghi selezionati attraverso un avviso pubblico rivolto ai Comuni. Nel dettaglio si veda il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf*, p. 112.

2 La prima componente della Linea B, con una dotazione pari a 380 milioni di euro, ha finanziato, tramite l'Avviso pubblico per la presentazione di progetti di rigenerazione culturale e sociale, pubblicato dal Ministero della Cultura nel dicembre 2021, le proposte presentate da Comuni in forma singola o aggregata - fino a un massimo di 3 Comuni - con popolazione residente complessiva fino a 5.000 abitanti. I progetti potevano prevedere interventi, iniziative o attività in ambito culturale e in quelli dell'istruzione, ricerca, *welfare*, ambiente o turismo. Sono state circa 1.800 le domande presentate dai Comuni, singolarmente o in forma aggregata, con la previsione di un importo massimo di contribuzione di circa 1,65 milioni di euro per frazione.

sviluppato politiche pubbliche specifiche in questi settori, lasciando agli enti locali le funzioni amministrative[3].

Sebbene la distribuzione delle attività di *governance* si mostri in apparenza inequivocabile, il dialogo tra istituzioni – di fatto – è risultato (e sta risultando) molto più difficile di ogni previsione, generando uno squilibrio istituzionale che riporta nella centralità del Ministero un'iniziativa che dovrebbe, invece, porre al centro decisionale gli organi territoriali locali e le Regioni.

Innanzitutto, per la scelta di concentrare le risorse su singoli Comuni, generando una competizione che in parte contrasta con l'obiettivo di superare la frammentazione territoriale e favorire l'unione tra più realtà comunali, come delineato dalle linee di indirizzo della *Strategia Nazionale per le Aree Interne*[4].

A questa discrasia si aggiunge un'ulteriore contraddizione: se da un lato, le Regioni hanno denunciato un limitato coinvolgimento nella definizione degli interventi a causa della definizione sin troppo stringente dei criteri ministeriali indicati (pur essendo chiamate a selezionare i progetti da presentare al Ministero della Cultura); dall'altro lato i Comuni hanno lamentato l'applicazione di una forma di discrezionalità sin troppo ampia in capo alle amministrazioni regionali nella selezione dei borghi[5].

C'è poi una pronuncia del Consiglio di Stato particolarmente significativa, nonché penalizzante per i Comuni, ossia la sentenza della Sezione VI del 6 febbraio 2023, n. 1232 secondo cui nella procedura selettiva per progetti di rigenerazione urbana finanziati dal PNRR, l'assenza della delibera dell'ente locale, requisito fondamentale indicato nell'avviso di gara, conduce all'esclusione della candidatura. Inoltre, secondo il giudice amministrativo, la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per integrare la documentazione mancante appare limitata data la netta definizione delle regole dell'avviso e la natura massiva della selezione, che implica difficoltà nell'applicare interventi correttivi. Considerato peraltro che l'utilizzo delle risorse del PNRR richiede celerità e risponde a scadenze inderogabili, rendendo

---

3 G. MENEGUS. *El regionalismo italiano en el contexto del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia*, in *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2022, 29, pp. 38-51; B. BALDI, S. PROFETI, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2021/ 3, pp. 432-457.

4 Tra gli altri v. in particolare A. FORMISANO, *Ripensare al ruolo delle autonomie e del Mezzogiorno per la buona riuscita del PNRR*, in *Osservatorio AIC*, 2/2023, pp. 49 ss.; B. BALDI, S. PROFETI, *op. ult. cit.*, pp. 432-457.

5 G. MENEGUS, *PNRR e Bando Borghi: rigenerazione senza autonomie*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2/2022, p. 6: «Molte Regioni - anche per evitare accuse di favoritismi - si sono pertanto limitate a fungere da mero "passacarte" per il Ministero della Cultura, avviando delle vere e proprie competizioni tra Comuni in stretta aderenza ai criteri ministeriali. Altre hanno invece fatto valere una scelta che - pur astrattamente coerente con le linee ministeriali - è apparsa del tutto discrezionale, prescindendo da procedure competitive informate a regole chiare e trasparenti».

problematica l'attuazione del soccorso istruttorio senza compromettere i tempi imposti dalla natura stessa dei finanziamenti.

Nonostante le complessità procedurali ed i contrasti istituzionali, nel dicembre 2022 il Ministero della Cultura ha pubblicato la graduatoria dei borghi selezionati nell'asset del Piano B della linea di investimento 2.1, inoltre, il 12 maggio 2023, è stato approvato l'Avviso pubblico per il sostegno di iniziative imprenditoriali realizzate nei Comuni assegnatari di risorse per l'attuazione di Progetti locali di rigenerazione culturale e sociale dei piccoli borghi storici, finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU nell'ambito della stessa linea di investimento.

L'*Avviso Imprese Borghi* è finalizzato a favorire il recupero del tessuto economico-produttivo dei 294 Borghi assegnatari delle risorse per la presentazione di progetti di rigenerazione culturale e sociale. Esso assegna circa 200 milioni di euro dei fondi previsti dal Ministero della Cultura per il Piano nazionale borghi, finanziato con il PNRR, al sostegno di micro, piccole e medie imprese interessate a promuovere in modo innovativo la rigenerazione dei piccoli Comuni attraverso l'offerta di servizi, sia per la popolazione locale sia per i visitatori, nonché la sostenibilità ambientale, proponendo progetti attenti alla riduzione delle emissioni inquinanti, alla riduzione dei consumi, allo smaltimento dei rifiuti, alle soluzioni di economia circolare.

Dunque, il PNRR attraverso il Piano Nazionale dei Borghi ha voluto normalizzare il flusso degli interventi finanziari a favore dei borghi storici e dei piccoli Comuni, indirizzando l'impatto delle politiche e degli indirizzi normativi verso azioni concrete nel campo della valorizzazione della cultura, del potenziamento dei servizi alla persona, della promozione turistica, con l'obiettivo primario di creare crescita sostenibile e di qualità, distribuendola su tutto il territorio[6].

2. Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura: le tracce che puntano alla transizione digitale dei piccoli borghi

La *Missione 1* della *Componente M1-C3 Turismo e Cultura 4.0 - Investimento 2.1 "Attrattività dei Borghi" - Linea di Azione B*, è intitolata proprio "*Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M1C3)*", riservando quindi una missione specifica al

6 Come è evidente, si tratta di un'imponente manovra economica dedicata ai piccoli borghi per garantire il supporto necessario alla riqualificazione dei borghi storici, per i quali anche le iniziative associative locali, come i FabLab, rappresentano un importante contributo complementare per supportare le amministrazioni locali nello stimolare la diffusione delle risorse e delle infrastrutture tecnologiche, rafforzando così il grado di attrattività e vivibilità dei borghi storici e urbani. delle zone più depresse. Più in generale, sulla *governance* del PNRR cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, *in Federalismi.it*, n. 23, 2022.

raggiungimento della transizione digitale anche (ma forse soprattutto) nei piccoli borghi meno abitati. L'obiettivo è incentivare la popolazione a vivere in quei territori, incoraggiare l'economia ed il turismo, proporre al più vasto numero di utenti il patrimonio culturale, storico ed artistico di territori che, sebbene isolati, possono rimanere connessi con il resto del territorio anche tramite la digitalizzazione, ponendo attenzione peraltro alla sostenibilità ambientale e alla *circular economy* delle tecnologie emergenti concentrate sul territorio.

Si intende, dunque, recuperare il patrimonio di questi territori integrandoli in una strategia progettuale complessiva che passi attraverso la digitalizzazione, la riduzione del *digital divide*, il consolidamento delle competenze nella progettazione e focalizzazione dei bisogni territoriali, con iniziative di valorizzazione nel sostegno alle imprese che decidono di scommettere sui borghi come luoghi in cui vivere e fare impresa.

Insomma, è una conferma che l'innovazione della società e del Paese rappresenti un obiettivo primario per una concreta riforma strutturale dello Stato, delineato già nel *Piano nazionale innovazione 2025 - Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese 2025*, presentato nel dicembre 2019 dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, in cui nell'illustrare l'azione *A.10 - Borghi del futuro*, si sostiene che "concentrare l'innovazione in piccoli centri attirerà altra innovazione, le aziende innovatrici attireranno altre imprese innovatrici, le Pubbliche Amministrazioni convertite al digitale contageranno di modernità le amministrazioni vicine"[7].

Il punto principale è individuare e comprendere gli aspetti sino ad oggi trascurati nei singoli territori – non trovandoci certamente dinanzi ad un panorama omogeneo, già solo tra il nord ed il sud dell'Italia – e coltivare gli interventi mirati che possano rappresentare una corretta strategia per un uso efficace dei finanziamenti.

L'aumento della digitalizzazione e delle infrastrutture tecnologiche può modernizzare e migliorare la qualità della vita nei piccoli borghi, aumentandone le possibilità di connessione; inoltre, può consentire alle piccole imprese di aumentare il proprio potenziale innovativo e di applicare le nuove tecnologie alle esigenze delle comunità e dei territori, anche attraverso l'utilizzo sperimentale per l'individuazione di servizi innovativi utili ai cittadini, alla pubblica amministrazione locale e alle altre imprese.

C'è poi la necessità di applicare formule di *smart working* che generino un impatto socioeconomico positivo sui territori italiani, soprattutto quelli periferici, contribuendo all'attrattività dei borghi, ma questo aspetto è connesso al grado di carenza di infrastrutture

7 Sul documento il Ministro per l'Innovazione tecnologica e la digitalizzazione Paola Pisano scelse di avviare una consultazione pubblica per permettere a chiunque di contribuire con idee, proposte e suggerimenti. A riguardo v. F. FAINI, *Consultazione pubblica sulla Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese "Italia 2025"*, in *Diritto di internet. Digital Copyright e data protection*, febbraio 2020, pp. 3 ss.

per l'accesso alla rete del borgo stesso. Si è giunti sino a proporre pacchetti di servizi integrati dedicati alla salute, volti a garantire pari accesso a cure sanitarie qualificate attraverso servizi di supporto svolti in modalità "a distanza" nell'ambito della *Missione 6 - "Salute e resilienza"* del PNRR che mira a rafforzare la prevenzione e i servizi sanitari sul territorio, modernizzare e digitalizzare il sistema sanitario e garantire equità di accesso alle cure.

Ma non è solo questo: per comprendere la complessità degli strumenti a disposizione ed i relativi effetti, può essere utile fare almeno una prima distinzione tra i soggetti (primi) destinatari della digitalizzazione: occorre cogliere le differenze sostanziali tra gli interventi di digitalizzazione che coinvolgono direttamente i cittadini per il superamento del *digital divide*; quelli che invece interessano la pubblica amministrazione del borgo o del piccolo Comune; e infine quelli che riguardano il borgo come oggetto stesso della digitalizzazione.

3. Strumenti per il superamento del *digital divide*

Il primo ostacolo, più diffuso nei piccoli Comuni e nei borghi, e probabilmente più difficile da superare con una soluzione omogenea e analoga territorialmente, è il *digital divide* che caratterizza gli abitanti di questi territori[8], talvolta penalizzati da un grado di alfabetizzazione digitale non adeguato – proporzionalmente ad ampia parte della popolazione del resto – altre volte da un'assenza delle infrastrutture adeguate, ad esempio reti a banda ultra-larga capaci di inviare dati ad altissima velocità, come le "*ultra fast broadband*" o le *"fast broadband"*.

In effetti, secondo il *Digital Economy and Society Index (DESI)* della Commissione europea[9], in Italia nel 2023 sono 26 milioni le persone senza competenze digitali di base. Si tratta del 54% della popolazione tra i 16 e i 74 anni, rispetto al 46% della media UE; inoltre, solo il 43,1% delle donne possiede competenze digitali di base, rispetto al dato UE del 52,3%. Il nostro Paese, in aggiunta, presenta il più alto tasso di NEET (*Not in Education, Employment or Training*): ammonta, infatti, a più di tre milioni la quota di popolazione che non è né occupata né inserita in un percorso di istruzione o di formazione, facendo riferimento a qualsiasi tipo di educazione scolastica o universitaria e a qualsiasi genere di processo formativo.

E infatti le competenze digitali giocano un ruolo cruciale nella progettazione del sistema educativo italiano. La *Strategia nazionale per le competenze digitali* non è stata ancora pienamente attuata, ma include un piano operativo annuale di monitoraggio implementato specificamente

8 L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come "compito della Repubblica", la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2, 2021, pp. 26 ss.

9 Dal 2014 la Commissione europea monitora i progressi digitali degli Stati membri attraverso i rapporti *Digital Economy and Society Index (DESI).* A partire dal 2023, e in linea con il programma politico del Decennio digitale 2030, il DESI è ora integrato nel rapporto sullo stato del Decennio digitale e utilizzato per monitorare i progressi verso gli obiettivi digitali. Per un'analisi approfondita di tutti i dati disponibili si rinvia a *https://digital-decade-desi.digital-strategy.ec.europa.eu/datasets/desi/charts.*

per monitorare i progressi della Strategia[10]: pur precisando che la valutazione non copre ancora l'impatto delle misure attuate nell'ambito del PNRR, la seconda valutazione riconosce che per alcuni indicatori il progresso medio annuale osservato è inferiore al progresso medio annuo previsto.

Il sistema educativo impostato negli ultimi anni mira ad aiutare i ragazzi ad acquisire le competenze necessarie per affrontare le sfide del futuro, superando le disuguaglianze e i divari tra le diverse aree del Paese. Sono previsti ingenti investimenti (con uno specifico stanziamento di 250 milioni di euro nel fondo *"Repubblica Digitale"*) nell'ambito del PNRR per migliorare le infrastrutture e le competenze nelle scuole[11], ad esempio nell'ambito di *"Futura - Educazione per il futuro dell'Italia"*, che mira a costruire scuole innovative al servizio dell'intera comunità, portando ad una riforma dei programmi scolastici – già applicata per il 2022/2023 – che aiutare nel tempo le scuole a includere un maggior numero di materie STEM (*Science Technology, Engineering, Mathematics*).

Inoltre, con il decreto del Ministro dell'istruzione n. 161 del 14 giugno 2022 è stato adottato il *Piano Scuola 4.0*, previsto dal PNRR quale strumento di sintesi e accompagnamento all'attuazione delle relative linee di investimento e intende fornire un supporto alle azioni che saranno realizzate dalle istituzioni scolastiche nel rispetto della propria autonomia didattica, gestionale e organizzativa. La finalità è realizzare ambienti di apprendimento ibridi, che possano fondere le potenzialità educative e didattiche degli spazi fisici concepiti in modo innovativo e degli ambienti digitali anche tramite la trasformazione di 100.000 aule in ambienti innovativi, connessi e digitali, adatti a nuove modalità di apprendimento. Il piano è stato integrato da una formazione specifica per gli insegnanti, che mira a formare 650.000 dirigenti scolastici, insegnanti e personale entro il 2024.

---

10 Il piano operativo per la Strategia nazionale delle competenze digitali è stato elaborato nell'ambito dell'iniziativa *Repubblica digitale* con il coordinamento del Ministero per l'innovazione tecnologica e della digitalizzazione, approvato in prima versione il 23 dicembre 2020, *https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/assets/docs/Piano-Operativo-Strategia-Nazionale-per-le-competenze-digitali.pdf.*

11 Il capitolo dedicato alla riduzione del *digital divide*, collocato al punto 1.7 della Missione 1 del PNRR, prevede infatti interventi di supporto alle competenze digitali dei cittadini, per garantire un sostegno robusto alla realizzazione del percorso di alfabetizzazione digitale del paese. Così testualmente "…il PNRR nel suo complesso prevede diverse linee di azione, tra loro sinergiche, che coprono tutti gli snodi del percorso educativo. Molte di queste iniziative sono descritte in altre componenti e, in particolare, nella Missione 4. Gli interventi descritti in questa sezione mirano a supportare le fasce della popolazione a maggior rischio di subire le conseguenze del *digital divide*, in qualche modo "l'ultimo miglio" delle conoscenze digitali. Oltre alle misure (più) tradizionali fornite dalle piattaforme educative, di istruzione e di supporto all'inserimento nel mondo del lavoro, con il PNRR si vuole rafforzare il network territoriale di supporto digitale (facendo leva su esperienze regionali di successo) e il Servizio Civile Digitale, attraverso il reclutamento di diverse migliaia di giovani che aiutino circa un milione di utenti ad acquisire competenze digitali di base…", *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.*

Si tratta della stessa direzione ora intrapresa anche in *Italia digitale 2026* – il Piano con cui l'Italia gestisce quel 27% delle risorse del PNRR dedicate alla transizione digitale – prevede, tra le altre, anche iniziative di supporto alle competenze digitali dei cittadini, sviluppando attività di formazione di circa 9.700 volontari e al coinvolgimento di 1 milione di cittadini beneficiari di attività di facilitazione digitale e di educazione digitale (cd. "Servizio civile digitale"); e ampliando l'esperienza dei "Centri di facilitazione digitale", punti di accesso fisici, solitamente situati in biblioteche, scuole e centri sociali, che forniscono ai cittadini strumenti di inclusione digitale, sia di persona che *online*.

È chiaro che ogni prospettiva di superamento di tale divario passa soprattutto attraverso il raggiungimento di una capacità di connessione quantomeno omogenea a livello nazionale. Il PNRR prova a farvi fronte con la *Strategia italiana per la Banda Ultralarga - "Verso la Gigabit Society"*, approvata il 25 maggio 2021 dal Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD) che definisce le azioni necessarie al raggiungimento degli obiettivi di trasformazione digitale indicati dalla Commissione europea nel 2016 e nel 2021 – rispettivamente con la Comunicazione sulla Connettività per un mercato unico digitale europeo (cd. '*Gigabit Society*') e la Comunicazione sul decennio digitale (cd. *'Digital compass'*) con cui ha presentato la visione, gli obiettivi e le modalità per conseguire la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030. La Strategia, oltre a completare il Piano di copertura delle cosiddette aree bianche e il Piano *Voucher* con le misure di sostegno alla domanda di connettività, prevede cinque nuovi Piani di intervento pubblico per coprire le aree geografiche in cui l'offerta di infrastrutture e servizi digitali ad altissima velocità da parte degli operatori di mercato è assente o insufficiente.

Il 6 luglio 2023, in continuità con quanto delineato già con le Strategie del 2021 e ancor prima del 2015, il Comitato Interministeriale per la Transizione Digitale (CITD) ha approvato la *Strategia italiana per la Banda Ultra Larga 2023-2026*, che si inserisce in un contesto europeo ed internazionale, in linea con l'approccio e gli obiettivi europei del *Digital Compass* e del *Digital Economy and Society Index (DESI)*, partendo dal posizionamento dell'Italia rispetto agli altri Paesi europei e dallo stato di attuazione dei progetti in corso, analizzando, inoltre, le *best practice* internazionali. In quest'ultima Strategia, tra le aree di interventi per lo sviluppo della connettività fissa, si deve evidenziare il *Nuovo piano "Comuni connessi" - adozione servizi BUL piccoli Comuni* che, con una stima costi di 45 milioni di euro, intende accelerare la transizione digitale delle sedi comunali più piccole, sfruttando anche gli investimenti in corso, e garantendo gratuitamente servizi di connettività ad almeno 1 Gigabit, oltre ad assistenza tecnica e servizi di manutenzione per 5 anni a 3.000 Comuni.

4. La digitalizzazione dei servizi nei piccoli Comuni

Per trattenere la popolazione in territori più isolati, più piccoli, meno ricchi di servizi disponibili, occorre quantomeno puntare al rafforzamento dei servizi che i piccoli Comuni

possono offrire ai propri cittadini. L'accessibilità e la capillarità dei servizi devono rappresentare il nuovo punto di forza, magari anche una ragione di attrazione dei cittadini per fuggire dalle megalopoli verso i piccoli centri[12].

Ciò include il miglioramento della capacità delle pubbliche amministrazioni locali di implementare le politiche finanziate dai Fondi strutturali e di investimento europei, insieme all'adozione di modelli organizzativi e soluzioni strumentali di *smart working*, adottando politiche che aumentino la trasparenza, forniscano un maggiore accesso ai dati, migliorino il personale e le strutture della pubblica amministrazione e rafforzino la *governance* multilivello per attuare una riforma del governo locale[13].

In questo senso, nell'ambito della linea di Investimento 1.4 del PNRR denominata *"Servizi digitali e cittadinanza digitale"*, è stato lanciato un bando destinato a tutte le amministrazioni comunali italiane, finalizzato all'erogazione di finanziamenti complessivi per 400 milioni di euro da utilizzare per migliorare i propri portali *web* nell'ottica di potenziare i servizi digitali offerti alla cittadinanza. L'obiettivo è mettere a disposizione dei cittadini un sito che abbia un'interfaccia semplice, facilmente fruibile e accessibile, in modo tale da poter raggiungere, tramite canali informatici, la più ampia platea possibile di utilizzatori, a prescindere dal grado di alfabetizzazione digitale. In questo modo i servizi digitali, che possono riguardare un ampio catalogo di prestazioni - come il pagamento di contravvenzioni e tributi, l'erogazione di servizi socio-assistenziali, l'iscrizione a corsi e scuole pubbliche nonché il rilascio di permessi ed autorizzazioni - diventano alla portata di tutti i cittadini.

Si tratta di una misura di ampio respiro cui si affiancano esempi virtuosi di digitalizzazione dei piccoli Comuni, ad esempio il programma specifico di innovazione *Smarter Italy*, voluto da Mise, Miur e Mid, con Agid come soggetto attuatore ed Anci quale ente facilitatore nei confronti dei Comuni interessati. Il programma è partito con l'adesione di 23 Comuni selezionati di cui 11 città definite '*Smart Cities*' 12 centri definiti *"Borghi del futuro"* (con almeno 3.000 abitanti, ma al di sotto dei 60.000) e con i comuni del Salento che hanno proposto l'appalto "Realtà virtuale e aumentata per il trattamento dell'autismo". Il programma si basa sullo strumento degli "appalti innovativi": la pubblica amministrazione, infatti, non acquista prodotti o servizi standardizzati già disponibili sul mercato, ma stimola operatori e imprese a sviluppare nuove soluzioni, spesso basate su tecnologie emergenti, per rispondere concretamente ai fabbisogni espressi dalle realtà territoriali.

---

12 P. CORREGGIOLI, D. LEVA, V. MESSINETTI, *Per i territori interni e a rischio spopolamento, occorre una P.A. con più digitale e più formazione*, Luiss School of Government, ALSOG (Associazione Alumni Luiss della School of Government), 27/2022, *policy brief* disponibile all'indirizzo www.sog.luiss.it.

13 In tema F. LONGO, P. R. BOSCOLO, C. BUONGIORNO SOTTORIVA, *Un framework per la digitalizzazione del territorio,* in *Mecosan - Management ed Economia Sanitaria*, 2/2022, pp. 105 ss.

Questo intervento indica un percorso già più specialistico, di analisi delle esigenze specifiche di un territorio oggi monitorato territorialmente anche tramite strumenti territoriali di controllo. All'Emilia Romagna, ad esempio, occorre assegnare il primato dello sviluppo di un cruscotto specifico, il DESIER, fondato sugli indicatori del DESI della Commissione europea, che elabora i numeri che costituiscono l'indice come chiave di lettura del fenomeno della digitalizzazione del territorio regionale mettendo quindi a disposizione di assessori, sindaci, amministratori e amministratrici degli enti del territorio uno strumento per individuare le buone pratiche da diffondere e disseminare, i divari da colmare e gli ambiti prioritari su cui intervenire e accrescere comunità dove i cittadini, le imprese, la pubblica amministrazione sono in grado di utilizzare la tecnologia per trasformare qualitativamente la realtà locale[14].

5. I metaborghi e la digitalizzazione del patrimonio culturale

Le formule di digitalizzazione più innovative riguardano, infine, i borghi stessi che diventano oggetto di rimodellamento in chiave di realtà aumentata e virtuale. Nascono i metaborghi, il primo è stato Albaredo per San Marco (SO), dove i turisti - dotati di appositi visori - possono immergersi nelle antiche usanze del luogo, alimentando una nuova forma di turismo, più coinvolgente, innovativa ed accattivante anche per le nuove generazioni.

E dopo Albaredo per San Marco, anche la Basilicata con *Lucanum Realverso*, ha avviato un progetto di realtà aumentata che coinvolge nove Comuni dove un avatar, che conduce il turista in un *virtual tour* attraverso tempi, tradizioni e piatti tipici. A Lagazuoi, in provincia di Belluno, è possibile invece immergersi nella memoria e ritrovarsi in trincea accanto ai soldati della Grande Guerra, dove i soldati austro-ungarici scavarono al suo interno ricoveri per uomini e armi, trasformandola in un'impenetrabile fortezza del XX secolo.

Nel Lazio, Bassano in Teverina nella Tuscia Viterbese utilizza la tecnologia per sollecitare nei più piccoli l'interesse per il borgo con una visita alla Torre dell'Orologio utilizzando la "VR City", una tipologia di tour virtuale progettata da Skylab Studios che combina fotografie a 360° di altissima definizione ed interattività per restituire un risultato dall'effetto realistico, con una serie di servizi che facilitano la visita alle persone con disabilità fra cui video guide in LIS e audioguide in più lingue.

Queste forme di sperimentazione immersiva rientrano nell'opera più ampia di digitalizzazione del patrimonio culturale[15], ora applicate anche in Italia muovendo dal

14 Il cruscotto DESIER e l'elaborazione dei dati sono disponibili all'indirizzo *https://digitale.regione.emilia-romagna.it/desier.*

15 C. CALVERI, P.L. SACCO, *La trasformazione digitale della cultura*, Editrice bibliografica, Milano, 2021; F. Cervellini, D, Rossi D., *Comunicare emozionando. L'edutainment per la comunicazione intorno al patrimonio culturale. Tecnologie per la comunicazione del patrimonio culturale*, in *Disegnarecon*, 4/2021.

contesto europeo del programma Horizon Europe con una specifica misura prevista per il biennio 2023-2025 finalizzata alla creazione di un *Cloud* collaborativo europeo per il patrimonio culturale, che prosegue e consolida le numerose iniziative europee per la digitalizzazione. Entro il 2025, la Commissione Europea investirà 110 milioni di euro per finanziare progetti connessi a realizzare un'infrastruttura *cloud* collaborativa che fornirà tecnologie per la digitalizzazione di manufatti, la ricerca scientifica e la documentazione dei dati. Ciò permetterà una collaborazione transdisciplinare e su larga scala tra studiosi del patrimonio culturale, curatori, archivisti e conservatori, consentendo alle istituzioni più piccole e remote di partecipare a progetti congiunti[16].

Tale nuova visione del patrimonio culturale digitale contemporaneo, già in parte delineata nel 2014 dal Consiglio dell'Unione europea, amplia l'accezione tradizionale, includendovi le "risorse ereditate dal passato, in tutte le forme e gli aspetti materiali, immateriali e digitali (prodotti originariamente in formato digitale e digitalizzati), ivi inclusi i monumenti, i siti, i paesaggi, le competenze, le prassi, le conoscenze e le espressioni della creatività umana, nonché le collezioni conservate e gestite da organismi pubblici e privati quali musei, biblioteche e archivi"[17].

In questo contesto l'Italia ha, dunque, avviato tale percorso con il *Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale 2022-2023* che delinea le azioni strategiche da realizzare a livello nazionale, come pre-condizione abilitante per lo sviluppo di un ecosistema digitale della cultura, su cui anche il PNRR ha avviato un programma specifico nell'ambito della Missione 1 "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo", Componente 3 "Turismo e Cultura 4.0" denominato "*Strategie e piattaforme digitali per il patrimonio culturale*", allo scopo di sviluppare il potenziale delle banche dati culturali e delle collezioni digitali.

16 European Commission, *DirectorateGeneral for Research and Innovation*, P. Brunet, L. De Luca, E. Hyvönen et al., *Report on a European collaborative cloud for cultural heritage: ex – ante impact assessment*, 2022, *https://data.europa.eu/doi/10.2777/64014*: "le istituzioni culturali, insieme alla costruzione dell'identità europea, stanno vivendo un cambiamento di paradigma cruciale, caratterizzato dall'accelerazione della digitalizzazione e da nuovi modelli di governance stimolati dalla scienza co-creativa e dalla partecipazione di un'ampia gamma di stakeholder. Il risvolto concettuale di questo cambio di paradigma è l'attuale nozione di patrimonio culturale, che integra la diversità del secolare patrimonio culturale europeo (storico-artistico, naturale, immateriale, ecc.) con i diversi livelli di governo (locale, regionale, nazionale, europeo, universale). In virtù di questa nozione che si sta configurando, il patrimonio culturale: 1) fornisce le prospettive per abbracciare la transizione verde, reinterpretando il rapporto tra patrimonio culturale e naturale; 2) sostiene la coesione sociale coinvolgendo cittadini, ricercatori ed esperti all'interno delle comunità del patrimonio; 3) tutela e trasmette al futuro i beni culturali materiali. In altre parole, questo patrimonio culturale europeo è verde (sostenibile), innovativo (che fornisce occupazione nelle ICC – Imprese Culturali e Creative) e digitale".
17 *Conclusioni del Consiglio europeo sul patrimonio culturale* del 21 maggio 2014 (2014/C 183/08), *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX.*

L'obiettivo è quello di garantire l'uso e l'accessibilità a lungo termine degli archivi digitali e dei prodotti di digitalizzazione del patrimonio culturale; semplificare i rapporti con i cittadini e le imprese, ridisegnando le procedure di settore e portando i servizi in rete; facilitare la crescita di un mercato complementare dei servizi culturali aperto alle piccole e medie imprese e alle start-up innovative, finalizzato a innovare le modalità di fruizione del patrimonio culturale; accrescere il capitale umano degli operatori e dei fruitori, attraverso azioni formative finalizzate alla crescita delle competenze e allo sviluppo consapevole delle potenzialità della co-creazione. Il Ministero ha dunque avviato la realizzazione di una "Infrastruttura software del patrimonio culturale" (sub-investimento M1C3 1.1.4, periodo di realizzazione 2022-2024) quale spazio nazionale per la gestione e conservazione dei dati del patrimonio culturale che assume le caratteristiche di una piattaforma *software* progettata nativamente per il cloud, ed intende creare un ambiente che garantisca una efficiente organizzazione delle risorse digitali del patrimonio culturale e dei metadati.

6. Conclusioni

I piccoli Comuni ed i tanti borghi storici d'Italia sono una parte preziosa del nostro patrimonio culturale, artistico e sociale, pertanto, è fondamentale considerare le forme di protezione e promozione necessarie per garantire la loro sopravvivenza e prevenire il declino della popolazione e l'abbandono commerciale[18].

Nei villaggi rurali e nei piccoli centri abitati c'è un patrimonio culturale significativo che rischia di andare perduto e di essere oscurato dalla grandezza delle grandi città e dalle maggiori opportunità che offrono. La tendenza alla deurbanizzazione dei territori geograficamente piccoli ma di grande valore culturale finisce per essere un fenomeno di natura principalmente sociale, con implicazioni economiche e geopolitiche che coinvolge in particolare le generazioni dei più giovani che via via spopolano i piccoli centri. Oltre il 70% degli 8.000 villaggi italiani ha meno di 5.000 residenti, con più di 5.000 di questi villaggi che affrontano un significativo rischio di abbandono. Secondo le statistiche presentate dall'ISTAT a maggio 2022, sebbene la popolazione censuaria italiana al 31 dicembre 2019 si attestasse a 59.641.488 residenti, in calo di circa lo 0,3% rispetto al dato registrato alla stessa data del 2018,

18 Sui diversi profili di rivitalizzazione dei borghi cfr. C. METALLO, R. AGRIFOGLIO, *Spazi collaborativi e la rigenerazione dei piccoli borghi*, in F. Montanari, *spazi collaborativi in azione. Creatività, innovazione e impatto sociale,* Milano, 2022, pp. 172 ss.; C. BIZZARRI, R. MICERA, *The Valorization of Italian "Borghi" as a Tool for the Tourism Development of Rural Areas,* in *Sustainability* 2021, 13; A. SAU, *La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento di rilancio delle aree interne*, in *Federalismi.it*, 3, 2018, pp. 1 ss. In particolare, sui progetti innovativi come volàno di rinascita dei territori si veda E. MINARDI, N. BORTOLETTO, *Laboratori per il benessere e lo sviluppo locale,* Homeless Book Editore, Faenza, 2016.

non si registrano variazioni sostanziali rispetto alle statistiche del 2011[19]. Pur permanendo della stabilità numerica, si registra un calo della popolazione residente nei comuni con meno di 5.000 abitanti (-3,8% rispetto al 2011). D'altra parte, la popolazione è aumentata in modo significativo in tutte le altre classi dimensionali, in particolare nei comuni con una dimensione della popolazione compresa tra 50.000 e 100.000 abitanti (+3,6%) e in quelli con più di 100.000 abitanti (+2,5%)[20].

Gli interventi previsti in gran parte a seguito del flusso di investimenti del PNRR possono consolidare l'identità e il valore dei luoghi storici attraverso la valorizzazione e la riqualificazione di aree abbandonate, anche sfruttando le nuove forme di digitalizzazione tanto incentivate dal Piano Borghi, oltre agli strumenti di riqualificazione urbana[21], al piano di assunzioni previsto per i piccoli Comuni, ed ai progetti di Legambiente, Kyoto Club e Azzero CO2 attraverso i quali i piccoli centri saranno coinvolti in una campagna di informazione e corsi di formazione, a cui seguirà l'attivazione di 10 sperimentazioni territoriali selezionate in tutta Italia per cogliere l'opportunità del PNRR, che destina 2,2 miliardi di euro ai piccoli comuni per la costituzione di Comunità Energetiche Rinnovabili.

I propositi sembrano essere i migliori, e la valorizzazione dei borghi, in quanto elemento imprescindibile del patrimonio culturale italiano, sembra rappresentare un punto importante nell'agenda del governo; a patto che i borghi, quei piccoli insediamenti che hanno "mantenuto la riconoscibilità nella struttura insediativa storica e la continuità dei tessuti edilizi storici" non diventino la facile pretesa di una retorica politica, ma costituiscano il soggetto titolare di un nuovo "diritto dei borghi" che miri ad una reale rigenerazione[22], non solo figurativa dei borghi

---

19 I dati sul "Censimento permanente della popolazione sul territorio" sono stati presentati il 30 maggio 2022 e sono disponibili all'indirizzo istituzionale dell'Istituto Nazionale di Statistica, *www.istat.it.*

20 G. MACCHI JANICA, A. PALUMBO (a cura di), *Territori spezzati. Spopolamento e abbandono nelle aree interne dell'Italia contemporanea*, CISGE - Centro Italiano per gli Studi Storico-Geografici, Roma 2019.

21 Sulla rigenerazione urbana v. F. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda re-cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di spazi e beni urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. Giur. ed.*, 5, 2014, pp. 237 ss., ora in *Giudizio amministrativo e governo del territorio: la generazione dei piani senza espansione*, P. STELLA RICHTER (a cura di), Giuffré, Milano, 2016, p. 249 ss. A riguardo si veda P. STELLA RICHTER, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. URBANI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, p. 21. Sulla pianificazione territoriale v. in particolare V. MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* Milano, 2003, pp. 3376 ss.

22 Su cui cfr. B.G. DI MAURO, *Il diritto dei borghi nel PNRR: verso una (stagione di) rigenerazione urbanisticamente orientata alla conservazione e allo sviluppo dei valori locali,* in *Urbanistica e appalti,* 4/2022. Sulla rigenerazione urbana già precedentemente A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci dell'urbanistica di nuova generazione,* Napoli, 2018; F.F. GUZZI, *Rigenerazione urbana e valorizzazione dell'esistente*, in *Federalismi.it,* 16 novembre 2016, 3.

"favorevoli", ma urbana, sociale ed economica, finalizzata alla conservazione e allo sviluppo dei valori locali.

MITI E LEGGENDE DEL COSTITUZIONALISMO GLOBALE

Paolo Bianchi

Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Camerino

Abstract

Il saggio descrive i limiti delle teorizzazioni dello stato globale, dell'adozione di carte universali dei diritti e dell'integrazione internazionale per via giurisdizionale, evidenziando alcune incongruenze e richiamando ad un approccio metodologico di tipo realista.

The essay describes the limits of theorizations of the global state, of the adoption of universal charters of rights and of international integration by jurisdiction, highlighting some inconsistencies and calling for a realist methodological approach.

SOMMARIO: 1. Premessa **2.** Il mito dello stato globale. **2.*a*** *da Saint-Pierre a Ferrajoli.* **2.*b*** *elementi critici: la creazione dell'ordinamento unico.* **2*c***. *elementi critici: i soggetti privati come attori globali.* **2*d*.** *elementi critici: universalizzare la nostra esperienza.* **2*e***. *elementi critici: il ruolo dei trattati.* **2*f***. *elementi critici: la società globale.* **3.** Il mito dell'universalizzazione dei diritti. ***3.a*** *Il catalogo.* **3.b** *L'imperialismo dei diritti. 3.c Un patrimonio comune?* ***3.d*** *Globalizzazione come privatizzazione?* **4.** Il mito della tutela dei diritti attraverso le corti.

1. Premessa

Negli scorsi decenni il tema della globalizzazione ha conosciuto un'impetuosa crescita di interesse e di partecipazione tra gli studiosi di diritto; se inizialmente ha coinvolto soprattutto chi si occupa di regolamentazione degli scambi, sono ormai oltre vent'anni che i costituzionalisti[1] si interrogano intorno alle potenzialità e ai rischi di un fenomeno giunto a investire ogni aspetto della produzione e applicazione delle norme, oltre a condizionare aspetti tradizionalmente "interni" del diritto, quali i rapporti tra i poteri dello stato, le loro

1 Cfr., a mero titolo di esempio, B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, vol. 83, n. 4, 1997, 771ss.; B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of International Law*, vol. 36, n. 3 (1998), 529ss.; I. Pernice, *Multi-Level Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n.4 (1999), 703ss.; E.-U. Petersmann, *The WTO Constitution and Human Rights*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n. 1 (2000), 19ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.

attribuzioni, sollecitando a riesaminare i fondamenti, a partire dalla nozione stessa di costituzione. Nella vasta messe di studi prodotta da allora[2], emerge una questione di collocazione e di prospettive del costituzionalismo globale. Per semplificare, potremmo dire che è ritenuto insufficiente un lavoro di ricerca che si limiti ad analizzare gli sviluppi del processo in atto, ma si è diffusa una serie di interrogativi sul suo esito: è possibile, oggi, parlare di costituzionalismo globale[3]? Quali sono le analogie e le differenze rispetto all'esperienza maturata all'interno degli ordinamenti statali? È auspicabile l'obiettivo di un ordinamento globale? Quali caratteristiche avrebbe? Le organizzazioni internazionali, le carte dei diritti, la giurisprudenza che fa appello ai principi universali, sono tappe di un percorso di integrazione o sono istituzioni che delineano già adesso una nuova struttura "aperta" dei rapporti internazionali?

Nelle risposte a queste e a simili domande accade di incontrare disegni di un futuro, possibile assetto costituzionale globale. L'intenzione di superare le difficoltà dell'assetto presente e prefigurare soluzioni che molti, forse tutti, auspichiamo, conduce talvolta a costruire impalcature teoriche fondate non sugli elementi giuridici e fattuali a disposizione, ma sulle aspettative.

Per questo il dibattito odierno sul costituzionalismo globale – in divenire, ma secondo alcuni già in essere – è intriso di miti e leggende. Senza pretesa di esaustività, in questa sede ne esamineremo tre.

2. Il mito dello stato globale.

2.a da Saint-Pierre a Ferrajoli.

La proposta di superare le resistenze alla diffusione globale del patrimonio dei diritti individuali, ottenendo al contempo l'eliminazione delle contese internazionali e dei conflitti, ha radici profonde nel pensiero occidentale, a partire quanto meno dall'ambizioso progetto dell'abate de Saint-Pierre, il quale – partecipando alla redazione dei Trattati di Utrecht –

2 Tra i numerosi studi a carattere generale ci limitiamo a segnalare D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 12 (4), (2005) 447ss.; E. DeWet, *The International Constitutional Order, in International and Comparative Law Quarterly*, 55 (1), (2006) 51ss.; L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007; M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal of International Law* 49 (2008-2009), 986ss.; J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009; C.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden – Boston, 2011; A. O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, 2014; J.-B. Auby, *Globalisation, Law and the State*, Oxford-Portland, 2017; A. Atilgan, *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*, Berlin, 2018; M. Goldoni, *Introduction to the material study of global constitutional law*, in *Global Constitutionalism*, 2019, vol. 8, n.1, 71ss.; J.G. Oates, *Constituent Power and the Legitimacy of International Organizations. The Constitution of Supranationalism*, London-New York, 2020.

3 Per una sintesi delle principali posizioni dottrinali v. C.E.J. Schwöbel, *Situating the debate on global constitutionalism*, in *I•CON* (2010), Vol. 8 No. 3, 611ss.

sviluppò un progetto di associazione tra le principali monarchie d'Europa, allo scopo dichiarato di ridurre le occasioni di contrapposizione destinate a sfociare in guerra.

De Saint-Pierre proponeva che gli stati, accettando di far parte della Società, avrebbero istituito un *Corps européen*, conferenza permanente con sede a Utrecht, incaricata di mantenere la pace e promuovere nel lungo termine la formazione di una Unione degli stati europei. Nell'immediato, il *Corps* avrebbe dovuto garantire l'abbandono dei conflitti armati tra i membri dell'associazione; le controversie sarebbero state devolute a una struttura arbitrale permanente, le cui decisioni avrebbero avuto efficacia vincolante[4].

È probabilmente da tale idea che muove la riflessione di Kant sulla necessità di limitazioni alla sovranità statale in vista dell'instaurazione di una sola istituzione che assumesse i pieni poteri sulla base di una costituzione mondiale[5]. La prospettiva del cosmopolitismo giuridico era individuata come l'unica possibile soluzione al problema della guerra.

Il filosofo di Königsberg, dovendo prendere atto dell'impossibilità di assoggettare gli stati a un ordinamento globale, giungeva a prospettare quale soluzione intermedia una federazione degli stati nel quadro del diritto internazionale pattizio[6].

---

4 C. Castel de Saint-Pierre, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Utrecht, 1713. Per una dettagliata analisi del progetto e della sua influenza sui pensatori del XVIII secolo v. C. Spector, *Le Projet de paix perpétuelle : de Saint-Pierre à Rousseau*, in J.J. Rousseau, *Principes du droit de la guerre. Ecrits sur la Paix Perpétuelle*, B. Bachofen et C. Spector dir., B. Bernardi et G. Silvestrini éds., Paris, 2008, 229ss.

5 Cfr. I. Kant, *Sul detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, 1793, III, trad. di M.C. Pievatolo, in http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s08.xhtml#idm1822 : «Come la violenza multilaterale e la necessità che ne scaturisce dovette condurre alla fine un popolo alla decisione di sottomettersi alla coercizione che la ragione stessa gli prescrive come mezzo, cioè alla legge pubblica e di entrare in una costituzione civile statale [*staatsbürgerlich*], così anche la necessità derivante dalle guerre continue, nelle quali gli stati a loro volta cercano di sminuirsi o di soggiogarsi a vicenda, deve da ultimo portarli, anche controvoglia, o a entrare in una costituzione civile mondiale [*weltbürgerliche*], o, se una tale condizione [*Zustand*] di una pace universale (come è avvenuto anche più volte con stati troppo grandi) è, da un altro lato, ancora più pericolosa per la libertà, perché provoca il più terribile dispotismo, allora, però, questa necessità deve costringere a una condizione [*Zustand*], la quale, è vero, non è una cosa comune civile mondiale sotto un capo, ma uno stato [*Zustand*] giuridico di confederazione [*Föderation*] secondo un diritto internazionale [*Völkerrecht*] concertato in comune.

6 I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico* (1795), trad. it., Milano, 1991, 30s.: «Per gli Stati, nel rapporto tra loro, è impossibile secondo la ragione pensare di uscire dalla condizione della mancanza di legge, che non contiene altro che la guerra, se non rinunciando, esattamente come fanno i singoli individui, alla loro libertà selvaggia (senza legge), sottomettendosi a pubbliche leggi costrittive e formando così uno Stato dei popoli (*civitas gentium*), che dovrà sempre crescere, per arrivare a comprendere finalmente tutti i popoli della Terra.

Ma poiché essi, secondo la loro idea di diritto internazionale, non vogliono assolutamente una cosa del genere, rifiutando quindi *in ipothesi* ciò che è giusto *in thesi*, allora al posto dell'idea positiva di una repubblica universale (se non si vuole che tutto vada perduto) c'è solo il surrogato negativo di un'alleanza contro la guerra, permanente e sempre più estesa, che può trattenere il torrente delle tendenze ostili e irrispettose di ogni diritto, ma nel costante pericolo che questo torrente dilaghi».

Sulla stessa linea si collocano le riflessioni di Kelsen, che prospettava l'evoluzione verso uno «Stato mondiale federale», risultante dall'estensione a livello globale della dottrina costituzionale elaborata con riferimento al piano dei singoli ordinamenti[7].

Persino più ottimista è la posizione di Bobbio, che individua nella «istituzione del superstato o stato mondiale» la soluzione al problema della guerra. Il «pluralismo dei centri di potere» cristallizzatosi durante il secondo dopoguerra sarebbe responsabile dell'«equilibrio del terrore», al quale si dovrebbe reagire dando luogo ad un'unica istituzione globale, detentrice del monopolio dell'uso della forza. L'analogia tra l'instaurazione dello stato quale argine alla violenza tra gli individui e la creazione dello stato unico come garante della pace mondiale è palese e dichiarata[8].

Luigi Ferrajoli ha dedicato numerosi lavori all'approfondimento della teoria dello stato globale, integrando la prospettiva pacifista con un approccio universalista alla tutela dei diritti individuali[9].

L'idea di fondo, sul punto che stiamo analizzando, è analoga a quella degli illustri predecessori, potendosi ricondurre alla necessità di dar luogo a una unica struttura statale mondiale. Rispetto agli autori richiamati, la prospettazione di Ferrajoli è notevolmente più articolata, poiché non si limita ad auspicare forme di integrazione quali strumenti di limitazione della conflittualità, ma si spinge a delineare i caratteri di fondo e le funzioni dell'istituendo stato globale, che ricalcano *in toto* quelle del contemporaneo stato costituzionale di diritto. Così, il primo passo sarebbe l'evoluzione delle forme embrionali di costituzione

---

7 H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino, 1990, 43: «Non può esservi dubbio che la soluzione ideale del problema di un'organizzazione mondiale finalizzata alla pace mondiale è l'istituzione di uno Stato mondiale federale, composto da tutte le nazioni o di quante più possibile [...] La proposta di assicurare la pace internazionale attraverso uno Stato mondiale è basata sull'analogia che si presume sussista tra uno Stato mondiale e lo Stato nazionale attraverso il quale la pace nazionale risulta effettivamente assicurata».
Nello stesso senso v. già H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), trad. it., Milano 1989, 355ss.

8 N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace* [1966], in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1974, 80s.: «Per il pacifismo giuridico il rimedio per eccellenza è la istituzione del superstato o stato mondiale […] Il ragionamento che sta alla base di questa teoria è di una semplicità e anche di un'efficacia esemplari: allo stesso modo che agli uomini nello stato di natura sono state necessarie prima la rinuncia da parte di tutti all'uso individuale della forza e poi l'attribuzione della forza di tutti a un potere unico destinato a diventare il detentore del monopolio della forza, così agli stati, ripiombati nello stato di natura attraverso quel sistema di rapporti minacciosi e precari che è stato chiamato l'equilibrio del terrore, occorre compiere analogo passaggio dalla situazione attuale di pluralismo di centri di potere […] alla fase di concentrazione del potere in un organo nuovo e supremo che abbia nei confronti dei singoli stati lo stesso monopolio della forza che ha lo stato nei riguardi dei singoli individui».

9 Si possono richiamare almeno L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013; Id., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016; Id., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021; Id., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022.

globale, quali sarebbero le carte dei diritti adottate dalle organizzazioni internazionali[10], verso una vera e propria carta fondativa, comprensiva sia di un elenco dei diritti fondamentali che di un quadro istituzionale, ricalcato non su un generico modello di stato democratico, bensì sullo stato sociale edificato nell'Europa occidentale del secondo Novecento.

Da ciò consegue che lo stato globale eserciterà tutti i poteri e svolgerà ciascuna delle funzioni che oggi riconosciamo allo stato nazionale, quanto meno nel contesto europeo: non solo la tutela dell'ordine pubblico (non la difesa, poiché si postula che il venir meno del pluralismo degli stati estinguerà le guerre), l'amministrazione della giustizia, la gestione delle opere pubbliche, ma anche la formazione di sistemi di istruzione pubblica, di assistenza sociale, di tutela della salute. Il finanziamento di tali imponenti attività dovrà essere garantito attraverso un sistema tributario progressivo, che avrà anche l'ulteriore funzione di combattere le disuguaglianze, garantendo un'adeguata redistribuzione delle risorse tra tutti gli individui[11].

Ad avviso dell'A. la soluzione dello stato globale non è soltanto opportuna, ma «per un verso giuridicamente dovuta e, per altro verso, realisticamente e razionalmente necessaria ed urgente»[12]: dovuta in quanto giuridicamente imposta dalle costituzioni nazionali e dalle carte internazionali dei diritti, la cui attuazione richiede la costruzione di una «sfera pubblica globale»; necessaria per la soluzione delle molteplici problematiche derivanti dalla globalizzazione delle attività economiche e dallo sviluppo delle relazioni internazionali: l'emergere di "poteri selvaggi"[13] che sfruttano le opportunità su scala mondiale per moltiplicare i profitti ed eludere le responsabilità impone che le risposte si collochino sulla stessa scala; i danni all'ecosistema che non rispettano le frontiere e non possono essere contrastati a livello statale; le disuguaglianze che, forti e in crescita all'interno di ciascuno stato, si ripropongono tra gli stati e soprattutto tra i cittadini dei diversi stati.

2.b elementi critici: la creazione dell'ordinamento unico.

A questa prospettazione possono essere opposti alcuni rilievi, a partire dalla necessità del consenso degli stati ai fini della propria estinzione che, oltre a sollevare un problema apparentemente insormontabile sul piano fattuale, ne pone un altro, di natura strettamente giuridica, in ordine alla creazione dell'ordinamento: se si postula, sulla scia di Kelsen, la preminenza dell'ordinamento globale su quelli statali, diviene arduo ammettere che siano

10 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia* cit., 120, 123, 234, 237. Sostiene che il trattato istitutivo delle Nazioni Unite abbia la natura di una costituzione mondiale B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n. 3 (1998), 533ss. Per una ricostruzione ancorata alle categorie classiche v. J.G. Oates, *Constituent Power* cit.

11 L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra* cit., 102ss.

12 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia* cit., 129.

13 Secondo l'efficace definizione che ne dà, con riferimento alla situazione italiana, lo stesso L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011. Ma se i "poteri selvaggi" prosperano nelle aree non coperte dal diritto, a maggior ragione saranno liberi di prosperare nelle lacune dell'ordinamento internazionale, ed infatti l'A. richiama la nozione in *La costruzione della democrazia* cit., 129.

questi ultimi a generare, per via pattizia, il primo. Questo sarebbe un ordinamento derivato, con attribuzioni delimitate dal trattato istitutivo. Il modello di riferimento sarebbe dunque quello federale, dovendosi ipotizzare la rinuncia degli stati alla sovranità attraverso un patto costituente[14].

Da ciò sorge un'ulteriore criticità, consistente nell'impiego della c.d. *domestic analogy*[15], ossia la pretesa di veder riprodotte sul piano internazionale i processi e le strutture normative adottate a livello statale. Invero, la proposta in esame consiste nell'assumere un idealtipo di stato, del quale si estende la dimensione territoriale fino a ricomprendere tutta la Terra. In sostanza, si individua un modello di ordinamento statale e lo si investe della sovranità mondiale.

2c. elementi critici: i soggetti privati come attori globali.

Si finisce così per rivelare un limite che va ben oltre l'analogia domestica: il modello è proponibile, almeno sul piano teorico, in presenza di attori statali sulla scena globale.

Oggi le grandi aziende, i gruppi finanziari, le associazioni e persino singoli individui hanno un ruolo attivo nella definizione delle politiche, sia a livello statale che, con sempre maggior frequenza e intensità, a quello globale[16].

La presenza e il ruolo dei soggetti privati sul versante della produzione normativa sono da tempo oggetto di studi[17]. Il fenomeno ha avuto origine in relazione agli aspetti tecnici della regolazione, prendendo spunto dalle esigenze di uniformità della disciplina della produzione di beni e servizi, per giungere ad influenzare la sfera del commercio internazionale, nella quale oggi ha assunto carattere pervasivo, ma tende ad espandersi verso gli snodi nevralgici della politica, spostando i luoghi della decisione dalle sedi della rappresentanza elettiva a quelle della competenza scientifica, in nome della complessità e peculiarità delle materie di volta in volta affrontate. Alla dichiarata neutralizzazione dell'oggetto della normazione consegue la marginalizzazione dei processi decisionali fondati sulla legittimazione democratica, dei quali si postula l'inidoneità a compiere valutazioni consapevoli. Il decisore politico assume pertanto una funzione di mera ratifica, collocandosi al termine di un procedimento nel quale non ha partecipato.

La dinamica in esame non riguarda esclusivamente la sfera delle attività imprenditoriali, dato che la stessa logica di azione globale è seguita dalle principali organizzazioni non governative, che non hanno quali punti di riferimento specifiche *constituencies* geograficamente, politicamente e giuridicamente definite, ma pretendono di rappresentare,

14 Per un'ampia e documentata analisi delle teorie dello stato globale v., di recente, A. Atilgan, *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*, Berlin, 2018, 75ss.

15 Per la formulazione della quale v. H. Bull, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977; H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, 1989. Sulla fallacia in questione nel pensiero di Kelsen e in quello di Bobbio v. D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo*, Roma, 1998, 15, 41ss.

16 V. ora M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022.

17 Cfr. F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313ss.

nei rispettivi campi di intervento, l'intera umanità, di volta in volta interagendo con i governi statali, gli organismi internazionali o le imprese.

Questi soggetti, indipendentemente dalla natura imprenditoriale o meno, perseguono i propri fini attraversando le frontiere e si pongono obiettivi che trascendono i confini statali, sia che si tratti di creare un mercato mondiale per una *app* o un dispositivo, sia che si tratti di pretendere la tutela di diritti di cui si afferma, appunto, l'universalità. La dimensione statuale, dal loro punto di vista, può essere un ostacolo da evitare, così come un'opportunità da sfruttare[18].

Tali strutture si collocano nell'arena globale su un piano di sostanziale parità nei confronti degli stati e delle organizzazioni internazionali, rivendicando una legittimazione politica indimostrabile, fondata sull'opinione pubblica internazionale, oppure un potere desunto dalla collocazione strategica dei loro prodotti. In alcuni casi, è semplicemente la loro dimensione, sul piano finanziario, produttivo, occupazionale, a renderli comparabili e talvolta superiori, sotto certi profili, a realtà di natura statale.

È dunque insoddisfacente, nella realtà attuale, immaginare che il processo di decostruzione degli ordinamenti statuali, finalizzato all'istituzione di un unico superstato, possa semplicemente ignorare la pluralità di soggetti che già adesso partecipano alla costruzione dell'ordinamento globale, che agli stati talvolta si contrappongono ma che, come è stato autorevolmente osservato, degli stati hanno bisogno[19].

Il ruolo degli attori privati sulla scena globale impone una rilettura del pluralismo giuridico, non più da intendersi solo come rete di relazioni tra i soggetti dotati di poteri pubblici e tra i rispettivi sistemi normativi, ma anche come relazioni tra questi e i soggetti privati in grado di modificare l'assetto dei poteri e la produzione normativa[20].

Il pluralismo non può dunque essere né predicato né praticato sulla scorta di quanto si è affermato tradizionalmente: non vi è un contesto unitario al quale fare riferimento, nel quale esercitare forme di condivisione o partecipazione, non vi è né un unico corpo sociale – per quanto frammentato e conflittuale – né un ordinamento che possa disciplinare in piena autonomia le forme e gli esiti del confronto.

---

18 Gli esempi potrebbero essere numerosi: si pensi all'impresa che sposta le sue attività nello stato che adotti regolazioni disomogenee rispetto a *standard* globali, oppure laddove la legislazione sul lavoro sia ritenuta particolarmente vantaggiosa. Si pensi inoltre alla concorrenza fiscale persino tra gli stati membri della UE, oppure alle pretese di vigenza globale delle regole interne dei *social networks*.

19 Cfr. Z. Bauman, *Globalization: The Human Consequences*, New York, 1998, tr. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, 62, secondo il quale «Quasi-stati deboli possono facilmente venire ridotti all'(utile) ruolo di commissariati locali di polizia, che assicurano quel minimo di ordine necessario a mandare avanti gli affari, ma che non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali».

20 Cfr. B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 *Virginia Law Review* 771 (1997); M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; A.-M. Slaughter, *The New World Order*, Princeton, 2004; G.F. Ferrari, *Globalizzazione e internazionalizzazione dell'economia. Implicazioni istituzionali*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Scritti in onore di Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 135ss; C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari*, in M.Á. Presno Linera (ed.), *La metamorfosis del estado y del derecho*, Oviedo, 2014, 141ss.; M. Goldoni, *The Politics of Global Legal Pluralism*, in *Jura Gentium*, 2014, 104ss.

La stessa dialettica stato/individuo, per quanto improntata al liberalismo garantista, risulta insufficiente a descrivere le dinamiche in atto, poiché l'impresa globale non può essere in alcun modo equiparata, nel rapporto con i poteri pubblici, all'individuo, né all'impresa radicata sul territorio in cui opera. Le critiche e le proposte che si soffermano soltanto sul versante tradizionalmente esplorato, quello dei limiti – appunto, costituzionali – del potere pubblico a fronte delle garanzie inderogabili del privato, trascurano la circostanza che alcuni soggetti privati dispongono già oggi di poteri pienamente assimilabili a quelli statuali.

La produzione normativa di soggetti privati in condizioni di oligopolio o di monopolio non può nemmeno essere affrontata con gli strumenti classici della regolamentazione *antitrust* (come pure si è fatto sinora, sia negli USA che nell'Unione europea) per l'assenza di alcune delle condizioni essenziali, prima tra tutte il rapporto tra territorio e impresa. Solo laddove si è riusciti a far valere l'"obsoleto" canone della territorialità nell'applicazione delle disposizioni, è rientrato in funzione il circuito delle garanzie dei diritti fondamentali.

Pretendere di estromettere tali soggetti dalla formazione del futuro stato globale sarebbe almeno altrettanto irrealistico quanto presumere che gli stati accettino di buon grado di perdere i propri poteri.

2d. elementi critici: universalizzare la nostra esperienza.

In Ferrajoli è trasparente l'intento di replicare a livello mondiale il percorso europeo ed italiano in particolare, assumendo che la tendenza, registrata nello scorso secolo, alla approvazione di carte costituzionali idonee a fondare stati democratici che garantiscano sia i diritti di prima generazione sia i diritti sociali, trovi adeguati riscontri nella comunità internazionale, potendo in ultima istanza replicarsi nel futuro ordinamento unico mondiale.

Entrambi i postulati sono però assai fragili. In primo luogo, la diffusione delle garanzie democratiche, per quanto significativa, non appare inarrestabile. Sono anzi ormai numerosi gli studi che affrontano un tema, quello della crisi delle democrazie consolidate e delle c.d. democrazie illiberali, fino a pochi anni fa del tutto trascurato[21].

Il "patrimonio costituzionale comune" degli stati democratici non è un dato giuridico acquisito, ma un obiettivo di convergenza tra gli ordinamenti perseguito, non senza incertezze e ripensamenti, in dottrina, in giurisprudenza e, in modo episodico, per mezzo di trattati internazionali. I riferimenti ad esso nei trattati e nelle sentenze hanno efficacia come argomenti a sostegno delle decisioni assunte, ma non possono essere indicati come fondamento giuridico delle stesse[22].

Non va inoltre trascurato che, nel passaggio dalle enunciazioni generali al dettaglio degli istituti, l'omogeneità di tale patrimonio si disperde. A titolo di esempio ricordiamo che, nel novero degli stati democratici, non è affatto pacifico che la garanzia dei diritti sociali sia una

21 Cfr., per approfondimenti e richiami bibliografici, la sezione monografica di *DPCEOnline*, 2020, n. 3, 3863ss., dedicata alle democrazie illiberali.

22 M. Tushnet, *Constitution*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. by M. Rosenfeld and A. Sajo, Oxford, 2012, 217ss., ricorda che la migrazione delle idee costituzionali necessita di una fase di recezione (ancor più importante nel contesto del quale parliamo), la quale risente della necessaria coerenza con il «local spirit of laws» (220).

parte necessaria del patrimonio costituzionale, potendosi al contrario rinvenire numerosi esempi di esclusione degli stessi sia dalla copertura costituzionale, sia dal quadro stesso dei diritti. La circostanza che alcuni stati all'avanguardia nella realizzazione di istituti di *welfare* abbiano ritenuto di svilupparli come *policies*, anziché come strumenti di tutela di diritti fondamentali, non può essere degradata a mero accidente, ma al contrario segnala un'importante distinzione il cui rilievo sarà ripreso più avanti. Per ora ci limitiamo a ricordare che la definizione degli istituti fondamentali della democrazia contemporanea non è univocamente accettata, ma è essa stessa parte di una discussione i cui sviluppi sono ad oggi incerti.

2e. elementi critici: il ruolo dei trattati.

In secondo luogo, è arduo postulare che le carte internazionali siano embrioni di una costituzione mondiale[23]. Esse sono state redatte conformemente alla volontà espressa dagli stati – con la netta preminenza delle principali potenze – e sono applicate nel rispetto delle prerogative statali. L'architettura istituzionale dei trattati rispecchia fedelmente il rapporto di forza tra le potenze, come illustra plasticamente la configurazione, ad es., del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Considerazioni analoghe valgono per le enunciazioni di valore di tali atti: ancora a titolo di esempio, la CEDU elenca un insieme di diritti sui quali le parti contraenti hanno convenuto di concordare, ma laddove il consenso non si è formato, la Convenzione tace. Le frizioni tra la posizione degli stati contraenti e le statuizioni dei trattati danno luogo ad aggiustamenti sul versante dell'interpretazione e applicazione di questi ultimi. A tal proposito ci si limita a richiamare la corposa giurisprudenza della Corte EDU sul margine di apprezzamento, mediante il quale le limitazioni di sovranità, accettate dalle parti contraenti in linea generale e di principio, sono attenuate e ridotte per questioni o materie di particolare sensibilità.

Ancor più in generale, possiamo osservare che né le carte dei diritti né, tanto meno, i trattati istitutivi della complessa architettura delle organizzazioni internazionali sono frutto della volontà di procedere in direzione del superamento della dimensione statale: questa semmai è il fattore che legittima i soggetti a stare nell'arena internazionale e giustifica, in nome della sovranità, il potere di derogare ad essa.

Diviene così difficile sostenere la tesi per la quale l'estensione delle aree coperte dagli accordi internazionali sarebbe indicativa della evoluzione verso un ordinamento globale destinato ad assorbire le attribuzioni statali. Al contrario, i trattati hanno natura espressamente settoriale e volutamente limitata agli oggetti dagli stessi definiti.

2f. elementi critici: la società globale.

Perché si concretizzasse l'auspicata svolta in senso costituzionale (ove si accolga della stessa la nozione invalsa per gli stati democratici degli ultimi decenni) dovrebbe innanzitutto consolidarsi una società globale, che a sua volta dovrebbe esprimere una politica e una classe politica. Anche laddove si postulasse l'esistenza di tali prerequisiti, indefettibili per la realizzazione di una democrazia globale che voglia assumere a modello le vicende del

23 Sulle prospettive e i limiti di tale idea v. A. Atilgan, *Global Constitutionalism cit.*, 111ss.

costituzionalismo novecentesco, resterebbero da risolvere problemi di portata enorme: come strutturare la rappresentanza, come articolare i poteri pubblici, come garantire l'esercizio di diritti politici che larga parte dell'umanità, ad oggi, non ha fino ad oggi conosciuto né, tanto meno, esercitato.

La costruzione di una società globale passerebbe necessariamente attraverso la ridefinizione delle necessità e delle priorità, non limitate né filtrate dagli stati. Il nuovo decisore globale, procedendo al fine di tutelare in modo equo tutti i cittadini della terra, dovrebbe redistribuire le ricchezze, dando luogo a una vera e propria rivoluzione che andrebbe a riscrivere i rapporti di forza tra le aree della terra e gli individui.

Come è noto, il tema delle diseguaglianze si presenta già oggi di difficile soluzione all'interno degli ordinamenti statali. L'ipotesi che, contemporaneamente a un rivolgimento mondiale destinato a travolgere le strutture statali, sia possibile azzerare – almeno sul piano giuridico – le differenze tra i cittadini della Terra, per attribuire a ciascuno di essi la medesima legittimazione ad accedere, ad es., ai servizi propri dello stato sociale, parte da un ulteriore postulato, che trova puntuali smentite nell'esperienza: che tale omogeneizzazione del quadro dei diritti attenui i conflitti, anziché accentuarli.

Eppure, le società contemporanee sono attraversate da una diffusa conflittualità che verte intorno al tema della (carente o avversata) redistribuzione delle risorse. Si tratta di un fenomeno in rapida ascesa, che vede nella riduzione complessiva dei posti di lavoro e nell'aumento dei costi dell'assistenza sanitaria e sociale soltanto alcuni dei fattori di aggravamento. D'altronde, la reazione ad esso oggi prevalente nei contesti di maggiore benessere, non è l'invocazione di soluzioni globali, ma al contrario la fuga verso il localismo estremo e la rivendicazione di spazi (geografici e sociali) esclusivi.

Analoga riflessione possiamo condurre in relazione al tema dei conflitti armati. La prospettiva dell'ordinamento unico mondiale ha tratto la sua giustificazione principale dall'idea secondo la quale l'abolizione del pluralismo statale avrebbe inevitabilmente condotto alla pace universale. I progetti di Saint Pierre e di Kant nascono in un'epoca nella quale le guerre sono altamente regolamentate, condotte da eserciti professionali senza coinvolgere la popolazione civile; le riflessioni di Bobbio si collocano in un contesto internazionale, quello della guerra fredda, in cui il monopolio della guerra è riconducibile a due stati in particolare.

Il XXI secolo ci ha dolorosamente insegnato che la guerra può essere condotta tramite organizzazioni non riconducibili agli stati; può essere asimmetrica, localizzata, può svilupparsi tramite azioni terroristiche. La fluidità dei conflitti, se vogliamo, è uno dei modi in cui la globalizzazione si manifesta, ed anche in questo ambito produce la marginalizzazione degli stati. Da ciò dobbiamo desumere che neppure l'eliminazione del pluralismo statale avrebbe effetti significativi sull'intensità dei conflitti, potendo al più degradarli al rango di guerra civile o di terrorismo.

La prospettiva dello stato globale si colloca, in definitiva, oltre l'orizzonte degli eventi visibili e prevedibili sul piano della politica e del diritto, configurandosi come mito di salvazione. È un utile e interessante manifesto degli obiettivi e delle finalità ultime che il costituzionalismo dovrebbe perseguire, ma non è dato rinvenire, nelle formulazioni che abbiamo esaminato, il percorso che potrebbe essere seguito per giungere all'esito auspicato.

Né, d'altronde, vi è ragionevole certezza intorno all'efficacia di alcune delle soluzioni indicate al fine di superare gli scenari di crisi per i quali è invocato.

3. Mito dell'universalizzazione dei diritti.

3.a Il catalogo.

Un altro versante del discorso sulla globalizzazione giuridica si svolge intorno alla convergenza, da più parti osservata, degli ordinamenti intorno a principi comuni; l'epoca presente sarebbe caratterizzata dall'affermarsi del costituzionalismo democratico, grazie al quale sarebbe possibile consolidare un patrimonio condiviso di principi e diritti il cui riconoscimento e la cui garanzia diverrebbero ineludibili[24].

Abbiamo usato espressioni vaghe al fine di accomunare in una categoria unitaria formulazioni che muovono da presupposti diversi e si sviluppano secondo linee solo in parte sovrapposte.

Il presupposto dal quale le analisi partono di solito non è dichiarato e probabilmente talvolta non è nemmeno oggetto di riflessione: si postula che l'auspicata convergenza si realizzi su un modello di ordinamento giuridico che potremmo genericamente definire occidentale. Questa premessa condiziona l'intero sviluppo del ragionamento, ancorandolo a una tendenza tutt'altro che inevitabile ma che, come tale, viene presentata.

Anche in questo caso, come nelle teorizzazioni dello stato globale, il particolare si dilata fino a divenire universale: il costituzionalismo democratico, nato dalle rivoluzioni settecentesche e consolidato, in una parte minoritaria seppur ricca e potente del mondo, nel secolo scorso, assurge a modello unico, al quale conformare (e rispetto al quale confrontare) necessariamente le traiettorie evolutive di quelle che saranno di volta in volta denominate "democrazie in formazione", "fragili", "in via di consolidamento", "illiberali"[25]. Analogamente, i cataloghi dei diritti adottati a livello statale o internazionale saranno scrutinati assumendo come *benchmark* quelli occidentali.

Tale concezione si fonda su un complesso di valori dei quali si postula la inevitabile condivisione da parte della comunità internazionale; condivisione che sarebbe destinata a realizzarsi spontaneamente attraverso la circolazione del modello per via dottrinale e giurisprudenziale.

---

24 Cfr. G. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, 2005; N. Walker, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in *Political Studies*, 2008 Vol. 56, 519ss.; A. Atilgan, *Global Constitutionalism* cit. 185ss.; M.-C. Ponthoreau, *Global constitutionalism. Un discours doctrinal homogénéisant l'apport du comparatisme critique*, in *Jus Politicum*, n. 19, 2018, 105ss.; S. Gardbaum, *Human Rights and International Constitutionalism*, in *Ruling theWorld? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ed. by J.L. Dunoff and J.P. Trachtman, Cambridge (Ms), 2009, 233ss.

25 La letteratura in materia è molto ampia. Si v. L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Torino, 2003; M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018; *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro, Napoli, 2020.

Le carte internazionali dei diritti, così come le corti chiamate a renderle effettive, sarebbero al tempo stesso sintomi e motori del processo in corso.

3.b *L'imperialismo dei diritti.*

Gli aspetti problematici sono numerosi. In primo luogo è difficile attribuire un valore non esclusivamente politico alla costruzione di un catalogo coincidente con quello euroatlantico[26]. È, al contrario, semplice ravvisare in esso la riproposizione dell'abusato schema dell'occidente civilizzatore, contrapposto a popoli non più "selvaggi", ma non ancora sufficientemente evoluti da abbracciare l'ideale democratico e le sue realizzazioni. Da più parti si è osservato che spesso per "diritti umani" si intende "diritti degli occidentali", con l'implicita considerazione che non sia possibile instaurare un dialogo tra culture diverse sul punto, ma che sia ammessa solo l'estensione dei "nostri" diritti agli "altri". È pertanto comprensibile che un tema apparentemente destinato a conciliare le opposte posizioni divenga terreno di scontro e induca posizioni di rigetto o adesioni meramente formali[27].

Da questo punto di vista, la lotta per i diritti umani e per la democratizzazione degli ordinamenti sarebbe la prosecuzione dell'imperialismo degli scorsi secoli senza l'ausilio delle armi[28]. Abbiamo però visto, nei decenni passati, che in nome della tutela dei diritti umani si è fatto ricorso alla forza militare, recuperando una connessione con l'idea già formulata da Kelsen che potesse esservi guerra giusta, purché fosse votata all'instaurazione dell'ordine mondiale[29].

3.c Un patrimonio comune?

Un secondo elemento critico attiene alla definizione del *corpus* del quale si propone l'espansione globale. È infatti pacifico che un consenso, dottrinale e giurisprudenziale, si è formato intorno ad alcuni principi e valori generali, la cui traduzione in istituti giuridici nei

---

26 Cfr. S. Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris 1989. V. anche T.W. Pogge, *The Influence of the Global Order on the Prospects for Genuine Democracy in the Developing Countries*, in *Ratio Juris*, vol. 14, n. 3, 2001, 326ss.

27 Così già S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 2000, secondo il quale, «nel mondo che sta nascendo, i rapporti tra stati e gruppi appartenenti a civiltà diverse non saranno stretti e avranno spesso carattere antagonista», soprattutto quelli «tra le società musulmane e asiatiche da un lato e quella occidentale dall'altro» (p. 265). Ad avviso dell'A. i diritti umani saranno oggetto di conflitto a causa dell'intento occidentale di convertire il resto dei popoli alla propria visione, senza ammettere che «quello che per l'Occidente è universalismo, per gli altri è imperialismo» (p. 266).

28 Così, espressamente, J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in M. Loughlin and N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 315ss.

Una esauriente analisi delle politiche della UE in materia può leggersi in R. Kleinfeld and K. Nicolaidis, *Can a Post-colonial Power Export the Rule of Law? Elements of a General Framework*, in *Relocating the Rule of Law*, ed. by G. Palombella and N. Walker, Oxford-Portland, 2009, 139ss.

29 H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41, Cambridge (Mass.) 1952, 36ss.

singoli ordinamenti dà luogo a divisioni destinate ad approfondirsi a mano a mano che si scende nel dettaglio. La garanzia dell'effettiva attuazione dei principi genera ulteriori motivi di contrapposizione. Così, all'enunciazione di un vasto catalogo di diritti può far seguito l'inerzia legislativa, o la carente tutela giurisdizionale; alla legislazione garantista può seguire un'applicazione di segno contrario, oppure la semplice inefficienza dell'apparato amministrativo[30].

È agevole qui riproporre la distinzione tra costituzionalismo e diritto costituzionale, ove con il primo termine si fa riferimento al complesso delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali maturate a partire dal secondo, che costituirebbe la base e il limite inderogabile alla creatività interpretativa[31]. Potrebbe essere allettante l'idea di adottare un catalogo dei diritti scarno, rinviando la sua attuazione all'evoluzione giurisprudenziale. Dobbiamo però ricordare che tale articolazione è problematica già all'interno di uno specifico ordinamento; allorché si intenda introdurla – e non si vede come sia possibile evitarlo – nel contesto di un diritto sovranazionale non ordinato da una fonte suprema scritta e rigida, l'esito prevedibile è il particolarismo delle interpretazioni locali e della casistica[32].

Del resto, lo stesso proliferare di carte regionali dei diritti pone un problema: salutate in dottrina come manifestazioni della tendenza a convergere su un nucleo inviolabile di diritti umani, la loro stessa pluralità dimostra che si ritiene necessario tornare a ridefinire, ampliare, o anche solo confermarne l'esistenza, contemporaneamente (e contraddittoriamente)

---

30 Una analisi comparata delle enunciazioni di valore e della relativa attuazione in alcuni ordinamenti può leggersi in *An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, ed. by D. Davis, A. Richter and C. Saunders, Oxford-Portland, 2015.

31 Sul punto il dibattito è ampio negli Stati Uniti, quanto meno a partire dall'affermazione di E. Meese III, *The Law of the Constitution, speech in New Orleans, October 10, 1986*, 61 *Tulane L. Rev*. 979 (1987), 981, secondo il quale bisogna operare una «necessary distinction between the Constitution and constitutional law»; da ciò consegue che le decisioni della Corte Suprema «do not establish a supreme law of the land that is binding on all persons and parts of government henceforth and forevermore». Negli stessi termini R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, 1990, 351: «Once adherence to the original understanding is weakened or abandoned, a judge, perhaps instructed by a revisionist theorist, can reach any result, because the human mind and will, freed of the constraints of history and "the sediment of history which is law," can reach any result». Per approfondimenti v., volendo, P. Bianchi, *Il lungo addio. Declino e caduta delle costituzioni novecentesche*, Napoli, 2022, 73ss.
Gli argomenti impiegati si prestano ad una generalizzazione. Nello stesso senso si v. infatti J.H.H. Weiler, M. Wind, *Introduction*, in *European Constitutionalism beyond the State*, J.H.H. Weiler, M. Wind, eds., Cambridge, 2003, 3: «The underlying rationale of this volume is that there is a difference between constitution and constitutionalism. Constitutionalism, for example, embodies the values, often non-stated, which underlie the material and institutional provisions in a specific constitution. At this level, separating constitution from constitutionalism would allow us to claim, rightly or wrongly, for example, that the Italian and German Constitutions, whilst very different in their material and institutional provisions, share a similar constitutionalism, vindicating certain neo-Kantian humanistic values, combined with some notion of the *Rechtstaat*».

32 Sul conflitto tra sistemi normativi quale elemento imprescindibile dell'attuale assetto dei rapporti internazionali v. K.J. Alter, *Comprehending global governance: International regime complexity vs. global constitutionalism*, in *Global Constitutionalism* (2020), 9:2, 413ss. V. anche N. Walker, *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, 373ss. Esprimono una visione molto pessimistica sulla possibilità di unificare in sistema gli ordinamenti esistenti A. Fischer-Lescano and G. Teubner, *Regime-collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, n. 4 (2004), 1000ss.

adottando più atti normativi che predicano l'unicità, universalità e inviolabilità dell'oggetto della tutela[33].

Il processo di riconoscimento di un contesto di tradizioni costituzionali condivise e di formazione di un patrimonio costituzionale comune è molto avanzato nell'Unione Europea e, su altri versanti e con altro catalogo, tra gli stati aderenti alla CEDU[34]; è peraltro noto che i processi di integrazione, in corso da decenni, hanno prodotto risultati significativi ma hanno vissuto momenti di difficoltà estrema. A ciò vanno aggiunte le travagliate vicende della prospettata – ma finora non realizzata – integrazione tra i due ambiti, quello eurounitario e quello della Convenzione[35], che paiono indicare un percorso senz'altro possibile, ma tutt'altro che agevole.

Ben più arduo è ipotizzare un simile sviluppo in relazione - non ad un'area culturalmente omogenea e politicamente convergente ma - all'intero pianeta. È inoltre tutt'altro che pacifico l'ambito di estensione dei diritti rispetto ai quali si discute. L'elaborazione più ricca e – per certi aspetti – più consolidata concerne i diritti di prima generazione, rispetto ai quali i problemi di definizione paiono in gran parte risolti, dovendosi semmai affrontare quelli relativi all'attuazione e all'effettiva tutela.

Sul versante dei diritti politici, invece, le resistenze sono ancora molto forti e la contrapposizione è acuta, non solo per l'inevitabile indisponibilità dei regimi autoritari, ma anche per l'accennata posizione delle democrazie mature, tendenzialmente favorevoli ad esportare le proprie acquisizioni, molto meno a vederle porre in discussione.

Altrettanto critico è, come già accennato, il quadro relativo ai diritti sociali. Qui la spaccatura non è solo tra regimi democratici e autoritari, Nord e Sud del mondo, ma anche all'interno degli stessi paesi occidentali, tra ordinamenti che si qualificano come stati sociali di diritto e altri che relegano le prestazioni sociali alla sfera delle politiche pubbliche. Ipotizzare che si giunga ad una omogeneizzazione in questo ambito conduce ad una scomoda alternativa: l'imposizione della categoria anche agli ordinamenti che non la riconoscono, oppure la conservazione dello *status quo*, che implica una decisiva differenza di trattamento, come del resto oggi avviene, a seconda dell'ordinamento di appartenenza dell'individuo. Il punto ci pare tutt'altro che secondario, perché mette in discussione l'intero impianto della discussione sulla convergenza intorno ai diritti. Ipotizzare che i diritti sociali restino fuori dalla progettata convergenza[36] significa relegarli ad una dimensione secondaria, estranea alla sfera dei "veri"

33 Per una ricostruzione del processo che ha condotto alla proliferazione delle carte internazionali dei diritti v. A. Algostino, *L'«universalismo situato». Per una via non imperialista ai diritti della persona umana*, in *Dem. Dir.*, 2003, 103ss., spec. 109ss. e ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

34 Tra gli studi, ormai innumerevoli, v. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Consitutional Law*, Oxford-Portland, 2006.

35 In proposito v. la ricostruzione di O. Pollicino, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei rispettivi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, e gli aggiornamenti di M. Parodi, *Fonti dell'Unione Europea e internazionali. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un "nuovo" inizio?*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2020.

36 Come del resto è già accaduto in occasione dell'approvazione della Dichiarazione universale del 1948 e della Convenzione Europea del 1950.

diritti umani, meritevoli di piena garanzia, con ripercussioni sulla loro collocazione sul piano del diritto interno, che necessariamente rifletterebbe la gerarchizzazione operata dalle fonti internazionali.

L'alternativa, cioè l'inquadramento dei diritti sociali a pieno titolo nei diritti tutelati a livello globale, pare impraticabile sia perché avversata a vario titolo da gran parte degli stati, sia perché comporterebbe, com'è noto, un radicale rivolgimento della forma di stato: prospettiva che avvicinerebbe l'ipotesi della convergenza sui diritti a quella dello stato unico globale e richiederebbe una vera e propria rivoluzione mondiale.

Sembra di poter affermare, al contrario, che il paradigma della globalizzazione dei diritti segua oggi una traiettoria incompatibile con quella indicata. Non è forse possibile affermare con decisione che la globalizzazione implichi necessariamente la privatizzazione e la distruzione della sfera sociale, politica e collettiva[37], né che essa corrisponda a un progetto neoliberista orientato esclusivamente alla dimensione del profitto[38], ma è indubbia la prevalenza della dimensione individuale nella rivendicazione dell'universalismo dei diritti, alla quale consegue l'irrilevanza della collocazione di ogni individuo in un contesto.

Se i diritti richiedono effettiva e piena tutela sempre e dovunque, la nozione di cittadinanza, intesa come collegamento tra la appartenenza dell'individuo alla comunità e il godimento dei diritti in essa e da essa riconosciuti, è perduta; non si tratta di una perdita indolore, perché l'individuo non-cittadino è estromesso dalla sfera della decisione pubblica[39]. È così possibile costruire l'umanità non come pluralità di corpi sociali che interagiscono, ma come sommatoria di individui[40]. La perdita di contesto rifluisce sul catalogo dei diritti, dal quale saranno estromessi quelli che postulano la dimensione sociale: i diritti politici e sociali[41].

3.d Globalizzazione come privatizzazione?

Deve infine essere ricordata anche in questa sede l'influenza esercitata dai soggetti privati sia sulla definizione che, soprattutto, sulle modalità di tutela dei diritti: la loro azione ne fa da un lato dei vettori inarrestabili di destrutturazione delle costituzioni e delle istituzioni statali,

---

37 Così P. Barcellona, *Ipotesi interpretativa del processo di globalizzazione*, in *Dem. Dir*. 2003, 15ss.

38 M. Tushnet, *The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project*, in *Global Constitutionalism* (2019), 8:1, 29ss.

39 In tal senso cfr. S. Žižek, *Against Human Rights*, in *New Left Review* 34, july aug 2005, 115 ss., spec. 128.

40 Sulla distruzione della sfera politica e gli effetti dell'atomizzazione della condizione umana v. Z. Bauman, *In search of politics*, Cambridge, 1999, tr. it. *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, 194: «al
liberalismo non resta che un aggregato di individui liberi ma isolati, liberi di agire ma senza voce in capitolo nell'ambito in cui agiscono, senza una vaga idea dell'uso che potrebbe essere fatto della loro libertà di agire, e soprattutto per nulla interessati ad assicurarsi che anche gli altri siano liberi di agire e a parlare con loro dei modi in cui viene usata la libertà di ognuno. In un simile aggregato di individui isolati, completamente liberi ma del tutto impotenti e indifferenti, affiora immediatamente una serie di contraddizioni tra libertà e uguaglianza, tra individuo e società, tra benessere pubblico e privato».

41 Sull'idea che sia la cittadinanza a conferire fondamento ai diritti umani, e non viceversa, v. É. Balibar, *'Rights of Man' and 'Rights of the Citizen'*, in Id., *Masses, Classes, Ideas: Studies on Politics and Philosophy before and after Marx*, New York, 1994, 39ss.

perché rivendicano vere e proprie sfere di esenzione dal diritto pubblico (sia statale che internazionale); dall'altro perché, facendo uso dei poteri fondati sulla posizione che rivestono nel sistema economico, costruiscono sistemi normativi alternativi e direttamente concorrenziali con quelli pubblici, spingendosi a prevedere (e limitare) diritti (non più dei cittadini, ma) dei consumatori, oltre a proporre sedi paragiurisdizionali alternative a quelle pubbliche[42].

Per un periodo relativamente lungo questo nuovo assetto, nato come articolazione della *lex mercatoria* negli interstizi tra la produzione normativa degli stati e il complesso dei trattati internazionali, si è modellato secondo i canoni della fluidità o liquidità contemporanea, prediligendo modelli di *governance* da affiancare alla rigidità delle strutture di governo statali e internazionali, alla ricerca di moduli decisionali fondati sulla produzione di *soft law*, sul consenso delle parti e sul loro coinvolgimento[43].

La fase attuale vede un nuovo passaggio: nei settori in cui si è consolidata la preminenza degli attori privati globali, la funzione normativa pubblicistica – e con essa l'apparato di controlli e sanzioni – sono apertamente messi in discussione, quando non rimpiazzata da atti di (auto)regolazione, prodotti dalle imprese o da consorzi di imprese, che rivendicano la piena titolarità del potere regolatorio di natura privatistica[44].

Si prefigura così la piena autonomia, rispetto alla sfera pubblica – sia essa interna o internazionale – di alcune realtà imprenditoriali, sociali, economiche, in nome (ironicamente) della realizzazione delle aspirazioni individuali del cittadino/consumatore[45]. La libertà individuale, che il cittadino globale custodisce gelosamente contro le ingerenze dei poteri pubblici, è (più o meno) spontaneamente ceduta a soggetti privati in cambio di beni e servizi: la servitù volontaria, ideale di ogni tiranno, può essere raggiunta grazie al potere delle offerte commerciali.

Resta da chiedersi se la mera estensione delle carte dei diritti sia funzionale alla difesa del singolo contro le lesioni che alla sua sfera derivano dall'esercizio di quelli che apparentemente sono i suoi diritti; se sia ancora sufficiente strutturare il rapporto individuo/potere

---

42 Cfr. G.M. Ruotolo, *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*, in *DPCE Online*, Vol. 50, N. Sp., 2022, 701ss.; G. De Gregorio, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, ivi, 1456ss.

43 V. in proposito F. Galgano, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. Dir.*, 2009, 177 ss.

44 Sulla reciproca permeabilità della sfera pubblica e di quella privata, come elemento che dovrebbe indurre a particolare cautela e proposte di globalizzazione costituzionale, v. N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010, spec. 67ss. sulla distinzione ormai sfumata fra poteri pubblici e privati, e sulla conseguente ricaduta sul piano delle fonti, v. J.-B. Auby, *Globalisation, Law and the State* cit., 164ss.

Per una accurata descrizione del passaggio dall'autoregolazione dei privati alla appropriazione della funzione normativa in senso proprio v. P. Delimatsis, *Transnational economic activism and private regulatory power*, in *Journal of International Economic Law*, 2023.

45 E. Mostacci, *Tra kosmos e spoliticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, in *DPCE Online*, Vol. 50, N. Sp., 2022, 594ss., 606ss. Cfr. anche P.G. Cerny and R. Belmonte, *Between Public and Private. Heterarchy in an Age of Intangibles and Financialization*, in *The Evolution of Transnational Rule-Makers through Crises*, ed. by P. Delimatsis, S. Bijlmakers, M.K. Borowicz, Cambridge, 2023, 46ss.

continuando a presumere che le insidie giungano dalla sfera pubblica e ignorando il ruolo assunto dalla gestione privata di settori di rilievo pubblico.

In conclusione, possiamo osservare che la prospettiva della globalizzazione dei diritti presenta alcuni elementi che la rendono più seducente del mito dello stato globale, a partire dalla possibilità di accantonare la tematica della sovranità e le sue ambigue connessioni con l'idea di nazione[46]. Concepire il diritto globale come rete[47], come struttura leggera, all'interno della quale contenere anche le realtà statali e substatali oggi esistenti, evoca il superamento della forma stato e permette di aggirare i limiti e le contraddizioni che questa porta con sé.

Sul versante delle criticità è però inevitabile rilevare che la costruzione si poggia su una forma di spontaneismo difficilmente comprensibile: perché si realizzasse una copertura ad ampio spettro, non sarebbe sufficiente l'adozione di carte dei diritti tali da sovrapporsi ed eventualmente integrare quelle statali, ma si porrebbe in maniera ancor più pressante di oggi il tema della loro applicazione, in sostanza dell'effettività. La questione della sovranità, uscita dalla porta, rientrerebbe dalla finestra.

4. Il mito della tutela dei diritti attraverso le corti

Il problema della garanzia dei diritti enunciati dalle carte internazionali ci conduce ad un altro dei miti della globalizzazione giuridica, in qualche misura dipendente e subordinato rispetto a quello appena esposto: il globalismo per via giudiziaria.

Il principale motore della convergenza tra gli ordinamenti potrebbe trovarsi nella elaborazione di uno *ius commune* frutto di elaborazione giurisprudenziale, a sua volta fondata sul patrimonio comune di principi e di diritti di cui abbiamo parlato in precedenza[48]. Rispetto ai modelli riportati in precedenza, qui possiamo rilevare che la convergenza giudiziaria non è un progetto elaborato a tavolino né l'idealizzazione di alcuni frammenti del diritto internazionale. Sono ormai numerosi gli studi che segnalano il crescente dialogo tra le corti in tema di diritti[49] ed è indubbio che le corti statali di ultima istanza, le corti costituzionali e le corti internazionali siano da decenni coinvolte in un processo di circolazione delle tecniche di decisione, dei moduli argomentativi e infine di contenuti delle pronunce, con particolare anche

46 Un esempio in tal senso può vedersi in M. Neves, *Transconstitutionalism*, Oxford-Portland, 2013.

47 K.-H. Ladeur, *Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of Network Concept*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 1,1997, 44ss.

48 A. Atilgan, *Global Constitutionalism cit.*, 250s.

49 Nella sterminata produzione in materia ci limitiamo a segnalare A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in 44 *Harv. Int'l L. J.* (2003), 191; G.F. Ferrari (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006; G. Zagrebelsky, Corti costituzionali e diritti universali, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2006, 297ss.; S. Cassese, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londn, 2013; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014; F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in federalismi.it, n. 18/2019; W. Sandholtz, *Human Rights Courts and Global Constitutionalism: Coordination through Judicial Dialogue*, in *Global Constitutionalism*, 2020; D.S. Law, *The Politics of Judicial Dialogue*, University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Paper Series 2023-54.

se non esclusiva evidenza per quanto concerne la (ri)costruzione di un quadro di principi generali e di diritti, ai quali è attribuito un carattere di universalità, desunto proprio dal mutuo riconoscimento per via giudiziaria.

Il modello in esame riprende un *topos* ormai diffuso nella dottrina giuridica, quello della creatività giurisprudenziale come supplente dell'incapacità dei parlamenti di assumere decisioni politicamente impegnative. Il diritto elaborato dai giudici consentirebbe di superare le situazioni di stallo che si determinano sul versante politico in presenza di questioni altamente divisive[50]. Per definizione, inoltre il formante giurisprudenziale è diritto dei tecnici, improntato alla razionalità anziché alla pressione del dato contingente.

La sua trasposizione in ambito sovranazionale consentirebbe di aggiungere ai pregi evidenziati nel contesto del diritto statale la naturale propensione a superare le differenze degli ordinamenti, preferendo, in nome appunto della superiore razionalità, la ricerca delle categorie generali[51]. In tal modo la via giurisprudenziale al diritto globale favorirebbe un'integrazione *soft*, centrata sull'individuazione dei principi comuni ma – a differenza del percorso avviato con le carte dei diritti – non soggetta ai modi e ai tempi delle relazioni internazionali.

Il fascino di questa ricostruzione risiede nella possibilità, che sembra suggerire, di rimuovere in una sede *altra*, imparziale per definizione, aliena alla dialettica politica, i fattori di conflitto, siano essi sociali, politici, economici, interni o internazionali.

A sostegno di una simile traiettoria di sviluppo del costituzionalismo si sono evocate le ricostruzioni storiografiche dell'Europa dei giudici, sulla quale si è retto per secoli lo *ius commune*: un'età aurea nella quale il diritto ha seguito vie autonome rispetto alle lotte di potere, governato dai tecnici in nome di principi universali.

Delle tre ipotesi di sviluppo qui esaminate, la via giurisprudenziale appare come l'unica praticabile e almeno per alcuni elementi in via di concretizzazione, ma non possiamo esimerci dall'evidenziare almeno alcuni degli aspetti critici.

Il primo attiene all'acquisizione dell'Europa tardo medievale come modello. È stato da tempo chiarito che è possibile elaborare una analogia soltanto parziale. Il pluralismo giuridico medievale conosceva fattori culturali unificanti molto forti a livelli diversi (la religione, l'etica, i rapporti tra le classi sociali), oltre ad almeno due soggetti in grado di esercitare una notevole forza centripeta (l'Impero e la Chiesa). Il tessuto sociale e culturale relativamente omogeneo costituiva la base sulla quale si innestava la struttura concettuale destinata a sfociare nella produzione normativa giurisprudenziale, i cui principi generali riuscivano a contrapporsi al particolarismo dei sistemi locali, in nome di valori generalmente condivisi.

Il pluralismo e la frammentazione attuali sono il frutto da un lato di profonde divisioni culturali e politiche, di diverse condizioni economiche, non riconducibili ad un quadro di valori condivisi, neppure su un piano estremamente generico (è infatti questo il tema dal quale

50 Cfr. P. Pettit, *Depoliticizing Democracy*, in *Ratio Juris*, 17 (2004), 52ss.

51 V. ad es. A. Stone Sweet, E. Palmer, *A Kantian system of constitutional justice: Rights, trusteeship, balancing*, in *Global Constitutionalism*, 2017, vol. 6, n. 3, 377ss.

siamo partiti) [52]. C'è però un altro elemento che rende improponibile l'analogia: i soggetti con i quali la creatività giurisprudenziale deve confrontarsi, che possono essere definiti «*highly specialized, partial, and without much internal differentiation*».

Se il costituzionalismo europeo nasce da una lotta per il potere tra soggetti le cui attribuzioni si sovrappongono, il contesto attuale vede la coesistenza degli stati con enti di natura diversa: le rivendicazioni, così come le attribuzioni, non coincidono e non necessariamente si sovrappongono, potendo dar luogo a regimi derogatori[53].

Ancor più in generale, e su un altro piano: il giudice esercita un potere che non promana autonomamente dalla sua persona, ma è definito dalle norme dell'ordinamento di appartenenza. L'autorità del giudice è autorità dell'ordinamento che lo esprime, non mera autorevolezza della persona fisica. L'ipotesi di un giudice destinato ad operare nell'empireo dei principi, svincolato dal proprio sistema normativo di riferimento, ma anzi intento a crearne uno nuovo, destinato a prevalere su quelli esistenti in nome di una incontestabile e suprema razionalità, sarebbe ancora compatibile con i fondamenti del costituzionalismo moderno? Se non esiste costituzionalismo senza diritti, è anche vero che i diritti non possono essere riconosciuti e garantiti (per quanto ne sappiamo) al di fuori di un contesto idoneo, nel quale sono garantiti parimenti la sovranità popolare e la separazione tra i poteri.

Da queste considerazioni siamo costretti a tornare al problema della costruzione di un ordine costituzionale. Detto in altri termini: è davvero auspicabile, ammesso che sia possibile, un ordinamento globale creato al di fuori del – ma concorrente con il – circuito politico rappresentativo espresso dagli attuali stati?

È superfluo ricordare che il costituzionalismo moderno nasce con la rivendicazione della sovranità popolare e con la costruzione dei meccanismi della rappresentanza politica, oltre che con le carte dei diritti. Delegare alla giurisdizione l'elaborazione del catalogo dei diritti, in assenza di alcun coinvolgimento dei popoli e senza una chiara delimitazione dei poteri risolverebbe probabilmente una parte del problema accentuando l'altra, ovvero la creazione di un ulteriore, importante, frammento di costituzione globale attraverso l'elusione dei principi della democrazia ai quali, almeno formalmente, si fa continuamente riferimento.

Il secondo aspetto critico attiene alla accezione di "globale" che sembra trasparire dall'impostazione del dibattito sul punto, quasi che l'intera comunità internazionale fosse impegnata alla ricerca di una gestione comune dei problemi dell'umanità. È invece quotidiana la constatazione opposta, legata al risorgere dei nazionalismi e all'acuirsi dei conflitti. A ciò si aggiunga che l'instaurazione di regimi democratici è ancora lontana in gran parte del pianeta, e probabilmente ancor oggi la maggioranza degli esseri umani vive in sistemi autoritari.

---

52 N. Fraser, *Democratic Justice in a Globalizing Age: Thematizing the Problem of the Frame*, in *Varieties of World-Making. Beyond Globalization*, ed. by N. Karagiannis and P. Wagner, Liverpool, 2007, 193ss.; R. Forst, *Justice, Morality and Power in the Global Context*, in *Real World Justice. Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, ed. by A. Follesdal and T. Pogge, Dordrecht, 2005, 27ss.

53 Si riprendono qui le considerazioni svolte da S. Sassen, *Neither Global Nor National: Novel Assemblages of Territory, Authority and Rights*, in *Laws and Societies in Global Contexts: Contemporary Approaches*, ed. by E. Darian-Smith, Cambridge, 2013, 30ss., e più ampiamente in Ead., *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, 28ss.

Appare dunque avventato pensare che si possa giungere per via giudiziaria e sovranazionale alla garanzia di diritti che oggi non sono riconosciuti in quegli ordinamenti. Se ragioniamo in termini globali, dobbiamo tener conto della varietà degli ordinamenti e delle condizioni materiali, che possono condurre a conclusioni da quelle auspicate. Il processo di maturazione richiesto, perché sia veramente globale e non circoscritto ad una piccola parte, è ancora molto lungo e l'esito tutt'altro che certo.

NUOVI LAVORI E TUTELA DELLA PERSONA: UN LUNGO FILO ROSSO NELLA RICERCA DI GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI *

Stefano Giubboni

Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia

ABSTRACT: Il saggio, nell'analizzare la corposa produzione scientifica sull'art. 409 n. 3 c.p.c. di Giuseppe Santoro-Passarelli, analizza la posizione dell'autore rispetto all'evoluzione della norma, dalla riforma del 1973 alle ultime modifiche del 2017, e più in generale rispetto all'evoluzione della disciplina sulla qualificazione del rapporto, con particolare riferimento al nuovo criterio dell'etero-organizzazione, alla tutela applicabile, ai soggetti esclusi (rider che svolgano l'attività in forma occasionale e discontinua) e alla lettura offerta dalla Corte di Cassazione. Lo studio individua la tutela della dignità della persona quale perno di ogni costruzione interpretativa di Giuseppe Santoro-Passarelli, nonché la debolezza contrattuale e l'effettiva dipendenza economica del lavoratore come prioritari criteri normativi di imputazione delle protezioni e filo conduttore delle sue riflessioni.

ABSTRACT: The essay, by analyzing the Giuseppe Santoro-Passarelli's outstanding scientific production on art. 409 n. 3 c.p.c., analyzes the author's position with respect to the evolution of the article, from the 1973 reform to the latest amendments of 2017, and more generally with respect to the evolution of the discipline on the qualification of the contractual relationship, with particular reference to the new criterion of art. 2 d.lgs. n. 81/2015, the applicable protection, the excluded subjects (riders who carry out the working activity in an occasional and discontinuous form) and the interpretation offered by the italian Supreme Court. The study identifies the protection of the dignity of the worker person as the cornerstone of every interpretative construction of Giuseppe Santoro-Passarelli, as well as the contractual weakness and the effective economic dependence of the worker as priority regulatory criteria for attributing legal protections as well as the common thread of his reflections.

SOMMARIO: 1. Il tema di ricerca. - **2**. La *ratio* dell'art. 409 n. 3 c.p.c. dall'origine alla riforma del 2015. - **3**. La critica alla teoria del coordinamento unilaterale e l'"interpretazione autentica" del 2017. - **4**. Il sostegno alla funzione antielusiva e rimediale della nuova disciplina nella lettura offerta dalla Corte di Cassazione. - **5**. La tutela della dignità della persona quale perno di ogni costruzione interpretativa. - **6**. Conclusioni: la debolezza contrattuale e l'effettiva dipendenza economica del lavoratore come prioritari criteri normativi di imputazione delle protezioni e filo conduttore delle riflessioni.

1. Il tema di ricerca.

Il titolo scelto per questo nostro studio evoca un tema di ricerca che ha rappresentato un profilo centrale e costante nell'ambito dei multiformi interessi del Professor Giuseppe Santoro-Passarelli e della sua sterminata produzione scientifica. L'attenzione di Santoro-Passarelli al tema delle esigenze di tutela della persona sollecitate dalla diffusione, nella pratica dei rapporti economico-sociali, di nuove forme di lavoro risale, infatti, già alla sua celebre opera monografica d'esordio sulla parasubordinazione, del 1979[1], e resta costante sino ai suoi ultimi scritti, tracciando un ideale filo rosso di questo lungo percorso di ricerca. Leggendo alla luce della monografia del 1979 taluni suoi ultimi saggi sul lavoro dei *riders* delle piattaforme digitali e la nuova nozione di collaborazione etero-organizzata dal committente, si ha anzi l'impressione di una sorta di cerchio, che inizia ad essere tracciato con lo studio sulla parasubordinazione, come definita dalla novella processuale del 1973, e che si chiude con la riscrittura dell'art. 409, n. 3, c.p.c. da parte dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017: una "interpretazione autentica" di quella previsione normativa, esattamente secondo il significato sin dall'inizio ad essa attribuito da Santoro-Passarelli.

2. La *ratio* dell'art. 409 n. 3 c.p.c. dall'origine alla riforma del 2015.

Mi sembra dunque giusto muovere dalle vicende dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nei loro complessi intrecci con quanto prevede oggi l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, per svolgere qualche cenno su questa ininterrotta linea di pensiero di Santoro-Passarelli.

La monografia sulla parasubordinazione, anticipando istanze che avrebbero acquisito centralità solo a partire dagli anni Novanta, era costruita attorno alla esigenza di garantire a situazioni di debolezza contrattuale, pur non riconducibili sul piano tecnico-giuridico alla subordinazione, tutele analoghe a quelle del lavoro subordinato, ben oltre quanto previsto dalla riforma processuale del 1973 (si pensi, in primo luogo, a quella dettata dall'art. 36 Cost., mai come oggi tanto centrale)[2]. Essa esprimeva, pertanto, un'istanza di protezione del lavoratore autonomo parasubordinato, chiaramente ispirata a una logica espansiva del diritto del lavoro, ovvero di allargamento dell'area delle tutele tendenzialmente co-estesa a situazioni di debolezza contrattuale pur non integranti i caratteri tipici e propri della subordinazione ai sensi dell'art. 2094 c.c.

È noto, però, come questa istanza sia rimasta largamente disattesa, avendo l'art. 409, n. 3, c.p.c. finito, all'opposto, per rappresentare - per ragioni diverse, cui qui è possibile solo accennare[3] - uno dei

---

1* Il presente scritto riproduce la relazione tenutasi al convegno dal titolo "Nuovi lavori e tutela della persona - in ricordo del Prof. Giuseppe Santoro-Passarelli", Università degli Studi di Perugia, 30 ottobre 2023.

G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, Franco Angeli, 1979.

2 V. solo la recente e importante sentenza della Corte di cassazione, sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711.

3 Le ha di recente succintamente ricordate lo stesso G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni coordinate e continuative nel diritto italiano e nella giurisprudenza delle Corti superiori di Francia, Spagna e Germania*, in G. NAPOLETANO (a cura di), *Tutela del lavoro e della salute nelle emergenze*. Atti del 50° convegno nazionale del Centro Nazionale di Studi Domenico Napolitano, Roma, 14 maggio 2021, Bari, Cacucci, 2022, poi in ID., *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, tomo IV, Torino, Giappichelli, 2022, p. 213 ss. (da cui cito), ove osserva (a p. 214) che, "da fattispecie processuale, le collaborazioni continuative e coordinate sono diventate un contratto atipico perciò non regolato come tipo legale. E la non applicazione a questi rapporti di una serie di normative del lavoro subordinato (come la normativa sui licenziamenti, come

più significativi canali di "fuga" dal diritto del lavoro[4]. Quella istanza è stata progressivamente frustrata dagli stessi sviluppi dell'ordinamento, che proprio a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo hanno semmai costruito - intorno alla figura delle collaborazioni coordinate e continuative previste dalla norma processuale - un formidabile incentivo normativo a eludere la disciplina protettiva del lavoro subordinato[5].

È per questo che Giuseppe Santoro-Passarelli ha favorevolmente valutato - pur non risparmiando osservazioni critiche circa taluni aspetti indubbiamente problematici del nuovo disegno normativo - la scelta del più recente legislatore diretta, da un lato, a ricondurre la figura delineata dall'art. 409, n. 3, c.p.c. all'interno di coordinate coerenti con l'autonomia organizzativa del collaboratore e, dall'altro, ad estendere ai lavoratori autonomi deboli in quanto etero-organizzati dal committente le tutele proprie del lavoro subordinato.

3. La critica alla teoria del coordinamento unilaterale e l'"interpretazione autentica" del 2017.

Giuseppe Santoro-Passarelli ha espresso un giudizio di netto favore nei confronti della scelta del legislatore del 2017 di chiarire che la collaborazione si intende coordinata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 409, n. 3, c.p.c., quando, «nel rispetto delle modalità di coordinamento definite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa». L'art. 15 della legge n. 81 del 2017 - ha infatti scritto - «ha il merito di chiarire che nelle collaborazioni continuative e coordinate *ex* art. 409, n. 3, c.p.c. è necessario un accordo tra le parti per determinare le modalità di esecuzione della prestazione e al collaboratore spetta il compito di organizzare autonomamente l'attività lavorativa. Sembra quindi escluso in questi rapporti *uno spazio autonomo per il potere unilaterale di coordinamento del committente*. Invece ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 nelle collaborazioni organizzate dal committente quest'ultimo ha il potere di determinare unilateralmente le modalità di esecuzione del collaboratore» [6]. Ciò che giustifica, in quel caso, l'applicazione della tutela propria del lavoro subordinato, nella sua interezza.

Questa scelta legislativa, in qualche modo imposta dall'esigenza di individuare un adeguato criterio discretivo rispetto all'area di rapporti di collaborazione definita dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, era peraltro parsa a Santoro-Passarelli corretta nella medesima linea di riforma che aveva già

---

la contribuzione e la riforma previdenziale che aveva previsto, addirittura, inizialmente, una contribuzione del 10% rispetto alla contribuzione del 33% per il lavoro subordinato), ha favorito la moltiplicazione di queste collaborazioni per un solo motivo: perché costavano molto meno al committente ma, come si è detto, assicuravano allo stesso un'utilità molto simile a quella che garantisce il lavoro subordinato".

4 Per riprendere l'espressione usata da F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *Industria e sindacato*, 1992, p. 1 ss. Ma v. già P. ICHINO, *La fuga dal lavoro subordinato*, in *Democrazia e diritto*, 1990, p. 69 ss.

5 L'istituzione della Gestione separata presso l'INPS, soprattutto con la iniziale configurazione "debole" dell'obbligo contributivo (v. la precedente nota 3), ebbe certamente questo effetto. Ma anche la disciplina del lavoro a progetto, introdotta nel 2003 seppure con l'intento di limitare il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative non genuine, finì - come noto (e come ricorderemo brevemente più avanti) - per sortire lo stesso effetto.

6 G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663 del 2020*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, numero straordinario, poi in ID., *Realtà e forma*, cit., p. 221 ss., qui p. 227 (corsivi nell'originale).

portato al superamento della figura del lavoro a progetto, pure criticata[7]. Egli, infatti, imputava alla ambiguità, e in definitiva alla consustanziale contraddittorietà di quella figura, una parte non piccola delle distorsioni regolative che avevano favorito una disfunzionale proliferazione di forme di lavoro autonomo a scopi in realtà puramente elusivi della disciplina protettiva del lavoro subordinato. Il vizio di origine del lavoro a progetto, per come tipizzato dal d.lgs. n. 276 del 2003, era consistito nell'avere «normativizzato il potere di coordinamento come potere unilaterale del committente»[8], così frustrando in partenza lo scopo per il quale era stata introdotta quella disciplina, visto che essa «non aveva raggiunto l'obiettivo proposto, e cioè eliminare le collaborazioni coordinate e continuative false, perché non aveva definito cosa fosse il progetto, il programma e la fase, sicché un mansionario poteva considerarsi un progetto»[9], tanto più, appunto, se concepito in funzione di un potere unilaterale di coordinamento del committente.

L'"interpretazione autentica"[10] stabilita dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017 ha dunque ripristinato il corretto significato da attribuire al concetto di coordinamento nell'ambito delle collaborazioni previste dall'art. 409, n. 3, c.p.c., ricuperando la lettura che Santoro-Passarelli aveva di essa dato sin dal 1979 e così superando il "cortocircuito"[11] prodottosi con l'affermazione della tesi dottrinale del potere unilaterale del committente[12] e con la sua traduzione normativa nel tipo legale del lavoro a progetto.

4. Il sostegno alla funzione antielusiva e rimediale della nuova disciplina nella lettura offerta dalla Corte di Cassazione.

Con ciò spero di aver chiarito il ricorso fatto in apertura alla metafora della "chiusura del cerchio", nel percorso che parte dall'art. 409, n. 3, c.p.c., per come originariamente inteso da Santoro-Passarelli, per ricongiungervisi con l'interpretazione autentica stabilita dal cosiddetto *Jobs Act* del lavoro autonomo. Ma per meglio argomentare i miei cenni introduttivi consentitemi ora di tornare brevemente anche sulla metafora del "filo rosso", da cui pure sono partito.

Se infatti l'art. 15 della legge n. 81 del 2017, completando l'intervento di riforma già in parte attuato con l'abrogazione del lavoro a progetto, ha avuto il merito di superare quella contraddizione, chiarendo che il coordinamento che caratterizza le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. è di natura bilaterale e concordata dalle parti, non potendo mai le istruzioni del committente ingerirsi nelle modalità di esecuzione della prestazione che deve restare autonomamente organizzata dal collaboratore, più

7 Cfr. quanto rilevava in G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro a progetto*, in G. SANTORO-PASSARELLI-G. PELLACANI (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Torino, Utet, 2009, p. 5 ss.

8 G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione*, cit. p. 227.

9 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni coordinate*, cit., p. 215.

10 G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione*, cit., p. 229.

11 *Ibid*.

12 La tesi si deve, come ben noto, principalmente a R. DE LUCA TAMAJO-R. FLAMMIA-M. PERSIANI, *La crisi della subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un* tertium genus*: il lavoro coordinato*, in *Lav. inf.*, 1996, pp. 75 ss. Su di essa Giuseppe Santoro-Passarelli ha espresso un giudizio severo, non avendo egli avuto, più di recente, "difficoltà ad affermare che il potere di coordinamento inventato dalla dottrina può considerarsi una delle cause che ha favorito il moltiplicarsi di forme di falso lavoro autonomo" (*Le collaborazioni coordinate*, cit., p. 214).

problematico è apparso sin da subito - nel giudizio di Giuseppe Santoro-Passarelli[13] - il corretto inquadramento della previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 e del suo effettivo portato di tutela, anche dopo la novellazione operata dalla legge n. 128 del 2019 (di conversione del d.l. n. 101 di quello stesso anno).

Sulla scia di quest'ultimo intervento legislativo, Santoro-Passarelli ha sostanzialmente convenuto con l'interpretazione fatta propria dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 1663 del 2020[14], ritenendo che «dopo queste modifiche si deve prendere atto che la norma fa riferimento anche a lavoratori sicuramente autonomi deboli e applica anche ad essi la disciplina integrale del lavoro subordinato»[15]. Egli aveva anzi apprezzato il passaggio argomentativo nel quale la Suprema Corte aveva affermato che, in ragione della funzione antielusiva e rimediale della disposizione, la disciplina del lavoro subordinato si applica «anche a prestatori ritenuti in condizione di debolezza economica operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea». Questo passaggio, infatti, gli appariva del tutto coerente con la sua stessa impostazione[16]: «se così è, ben si può dire che la Cassazione ha preferito utilizzare la categoria della subordinazione socioeconomica per applicare anche ai lavoratori autonomi deboli la disciplina del lavoro subordinato»[17].

Nondimeno, la previsione - anche dopo le evocate modifiche - continua a sollevare importanti questioni esegetiche e sistematiche, sia in ordine alla effettiva possibilità di discernere tra etero-organizzazione ed etero-direzione, specie quando di essa si assuma una nozione evolutiva o attenuata, sia in ordine ai rapporti con la successiva disposizione introdotta, all'art. 47-bis del d.lgs. n. 81 del 2015, dalla medesima legge n. 128 del 2019, essendo davvero arduo determinare quale sia il campo di applicazione delle specifiche tutele previste per i soggetti dalla stessa designati, che vedono nei *riders* delle piattaforme digitali la nuova figura social-tipica di riferimento. Ed è stato come noto per primo Santoro-Passarelli, al fine di superare la latente contraddizione altrimenti derivante dalla giustapposizione delle due disposizioni citate, a suggerire come debba gioco-forza essere il carattere discontinuo e occasionale della prestazione del *rider*, normalmente etero-organizzata dalla piattaforma, a impedire l'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, rendendo di converso applicabile la previsione dell'art. 47-bis e, di conseguenza, del Capo V-bis del medesimo decreto[18].

---

13 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 221.

14 *Supra*, nota 6.

15 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni coordinate*, cit., p. 217.

16 V. *infra*, § 6.

17 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i* riders *nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 512 (poi anche in Id., *Realtà e forma*, cit., p. 237).

18 Tale tesi, prevalsa in dottrina, è stata fatta propria nella circolare del 19 novembre 2020 dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro. Per una sintesi del dibattito interpretativo sui rapporti tra l'art. 2 e l'art. 47-bis del decreto v. A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 126 ss.

Quanto all'effetto voluto dal legislatore dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, Santoro-Passarelli non ha invece dubitato che esso dovesse consistere nell'applicazione dell'intera disciplina protettiva del lavoro subordinato, salve le deroghe consentite dal secondo comma della disposizione[19].

5. La tutela della dignità della persona quale perno di ogni costruzione interpretativa.

Nell'attenzione dedicata da Pino Santoro-Passarelli alla sofferta vicenda dei *riders* - e alla difficoltà di attribuire più in generale ai nuovi lavori organizzati dalle piattaforme digitali un giusto presidio di tutele fondamentali, al di là dei problemi qualificatori posti dal coordinamento tra le citate previsioni normative[20] - possiamo, credo, conclusivamente rintracciare quel lungo filo rosso, nella sua attività di ricerca, partito dalla parasubordinazione e appunto coltivato costantemente negli anni, seguendo le incessanti trasformazioni del mercato del lavoro e della realtà sociale ed economica.

Quel filo rosso ha sempre posto al centro le esigenze di tutela della dignità della persona che lavora, anche al di là dei confini - sempre più porosi, labili e incerti - della subordinazione in senso tecnico-giuridico. È questa, in sintesi, mi pare di poter dire in conclusione di questo breve intervento, la direttiva assiologica, oggettivamente radicata nella Costituzione repubblicana, che ha guidato quella ricerca.

È in coerenza con questa direttiva che - in uno dei suoi ultimi scritti dedicati al tema del nostro convegno - Giuseppe Santoro-Passarelli ha voluto «riaffermare con forza che la solidarietà, la dignità e la salute del lavoratore sono valori non negoziabili e di conseguenza che l'art. 41, comma 2, Cost., non può essere considerato il fondamento del contemperamento di interessi oltretutto asimmetrici» [21]; dovendosi ritenere - prosegue nello scritto da cui cito - che tale previsione costituzionale non è diretta «a contemperare la libertà di iniziativa economica con i diritti che attengono alla persona del lavoratore, ma consente al legislatore di apporre limiti ai poteri dell'imprenditore. I primi, infatti, proprio perché riguardano la persona del lavoratore non sono comprimibili dalla legge del mercato, o se si preferisce, dalla logica del contemperamento» [22].

---

19 V. di nuovo G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015*, cit., p. 241, ove ricorda che la diversa interpretazione favorevole ad un'applicazione selettiva della disciplina protettiva, in quanto compatibile, "è stata respinta dalla sentenza n. 1663 del 2020 della Cassazione al fine di non lasciare all'arbitrio del giudice l'arduo compito di identificare la disciplina applicabile ed evitare che situazioni identiche possano ricevere un trattamento diverso e viceversa, a seconda della sensibilità del giudice".

20 Cfr. da ultimo G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà d'iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Diritti costituzionali, conflitto collettivo, lavoro. Scritti dedicati a Giovanni Pino* raccolti da V. Sgrò, Torino, Giappichelli, 2022, p. 323 ss.

21 Ivi, p. 330.

22 *Ibid*.

Questa lettura, vorremmo dire "classica"[23], dei limiti della garanzia costituzionale della iniziativa economica privata - ancora improntata ad una logica di "bilanciamento ineguale"[24] con i diritti sociali che la Costituzione riconosce ai lavoratori, non solo subordinati (artt. 35 e 38) - ci sembra, in definitiva, posta alla base della costruzione che Giuseppe Santoro-Passarelli ha coerentemente proposto, nell'arco di poco meno di cinquant'anni, lungo tutto il percorso che si snoda dalla monografia sul lavoro parasubordinato sino agli ultimi studi sul lavoro tramite piattaforma digitale.

6. Conclusioni: la debolezza contrattuale e l'effettiva dipendenza economica del lavoratore come prioritari criteri normativi di imputazione delle protezioni e filo conduttore delle riflessioni.

La visione costituzionale di Giuseppe Santoro-Passarelli ispira - coerentemente - anche le proposte di politica del diritto, in particolare in tema di tutela del lavoro autonomo debole. Nel formularle, nei suoi ultimi scritti sul tema, egli ha invero ripreso l'idea originaria di «abbandonare criteri formali come il potere di coordinamento e ancor più il potere organizzativo che difficilmente, almeno nel concreto svolgimento del rapporto, si distinguono dal potere direttivo», per avere piuttosto «riguardo a criteri come la debolezza contrattuale o la dipendenza economica del collaboratore» [25].

A suo avviso, infatti, nel procedere ad una organica riforma della subordinazione, si sarebbe dovuto affermare il principio di fondo per cui «si applica l'intera disciplina del lavoro subordinato anche a coloro che, pur essendo funzionalmente collegati al datore di lavoro, non sono subordinati in senso tecnico ma risultano in condizione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte. Dal codice civile è considerato contrattualmente debole colui che non ha il potere di modificare la proposta contrattuale della controparte (arg. 1341, 1342 c.c.)» [26]. Di converso, questo stesso criterio sostanziale dovrebbe indurre ad "espungere dall'area del lavoro subordinato i dirigenti (come avviene in Francia) che sono l'alter ego del datore di lavoro"[27] e più in generale tutti coloro «che, avendo un'alta professionalità, in realtà svolgono la prestazione in modo autonomo anche se sono collegati funzionalmente all'azienda per la quale lavorano, e tuttavia non hanno bisogno di tutele legali simili a quelle dei veri lavoratori

23 Ma oggi - occorre riconoscerlo - tendenzialmente recessiva rispetto agli indirizzi prevalenti, anche nella giurisprudenza costituzionale (nei passi poco sopra riportati il nostro Autore svolgeva considerazioni critiche rivolte alla "tesi del contemperamento" di Mattia Persiani, richiamando due suoi noti saggi: *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 1 ss.; *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 279 ss.). Al punto che lo stesso Santoro-Passarelli, di fronte al mutato corso, nel ribadire la coerenza della sua lettura con le ricostruzioni "ricevute" dei valori costituzionali, si sentiva quasi in dovere di replicare ai critici di questa impostazione, per l'appunto "classica": "E non si dica che queste sono interpretazioni ideologiche ma sono semplicemente rispettose dei valori della Costituzione italiana" (*Dignità del lavoratore*, cit., p. 332).
24 M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, p. 126 ss., qui p. 127 (che utilizza la nota espressione per escludere che possa darsi parità assiologica tra diritti della persona e risorse finanziarie diretti a soddisfarli, i primi costituendo i fini dell'azione pubblica, le seconde i mezzi).
25 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni coordinate*, cit., p. 218.
26 G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore*, cit., p. 343.
27 Ivi, p. 342.

subordinati perché hanno un potere contrattuale pari se non superiore a quello del o dei loro committenti» [28].

Insomma, alla luce degli artt. 3, comma 2, e 35 Cost., è la situazione di debolezza contrattuale e di effettiva dipendenza economica, al di là del dato dell'assoggettamento al potere direttivo datoriale in senso formale, a dover costituire il prioritario criterio normativo di imputazione al lavoratore delle protezioni offerte dal diritto del lavoro. Mi pare che in questa indicazione di fondo possa rintracciarsi il filo conduttore delle riflessioni che il Professor Giuseppe Santoro-Passarelli - con una coerenza ed una continuità di svolgimenti esemplari - ha dedicato, nei suoi studi, al problema del rapporto tra nuovi lavori e tutela della persona.

28 *Ibid*.

SULLA LEGITTIMAZIONE A IMPUGNARE L'ATTESTATO DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LA DICHIARAZIONE DI INTERESSE CULTURALE NONCHÉ SUL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA

(nota a Cons. St., VI, 30 agosto 2023, n. 8074)

Biagio Spampinato

Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania

Abstract [IT]: la sentenza commentata affronta vari profili, da quelli più generali, relativi alla legittimazione a ricorrere e al sindacato sulla discrezionalità tecnica, a quelli più strettamente inerenti alla materia dei beni culturali, relativi al rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione. Con riguardo a ciascuno di questi aspetti, essa presenta un'apprezzabile trattazione, così da offrire all'autore di questa nota l'occasione per fare il punto sulle richiamate nozioni.

Abstract [EN]: *the judgment deals with various profiles, from the more general ones, relating to the legitimacy to appeal and the review of technical discretion, to those more strictly inherent to the matter of cultural heritage, relating to the relationship between the procedure for verifying cultural interest and the procedure issuing the free movement certificate. With regard to each of these aspects, it presents an appreciable discussion, so as to offer to the author of this note the opportunity to take stock of the aforementioned notions.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **2.** La legittimazione a ricorrere. **3.** (segue):…qualificazione *vs.* differenziazione. **4.** Legittimazione ad agire *vs.* legittimazione a ricorrere **5.** Legittimazione a ricorrere e concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa **6.** Affermazione della titolarità *vs.* effettiva titolarità dell'interesse legittimo **7.** Il profilo probatorio **8.** Legittimazione a ricorrere avverso (l'annullamento d'ufficio di) un diniego di attestato di libera circolazione e la dichiarazione di interesse culturale **9.** Rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione **10.** Il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale

1. Premessa

La sentenza annotata appare assai rilevante sotto più profili, due di sicura ascendenza generale, riguardante la nozione di legittimazione a ricorrere e la profondità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale, e uno, più specificatamente afferente alla materia dei beni culturali, concernente il rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione dei predetti beni.

2. La legittimazione a ricorrere

In merito alla legittimazione a ricorrere, la sentenza ne illustra limpidamente il concetto[1]. Essa, premessa la necessità di distinguere la nozione da quella di interesse a ricorrere, si sofferma, in primo luogo, sui suoi due tradizionali caratteri, quello della qualificazione e quello della differenziazione, sottolineando come «[25.3.]...la distinzione concettuale tra qualificazione e differenziazione non coincid[e], tuttavia, con la differenza tra dimensione normativa o astratta e dimensione fattuale o concreta; infatti, se è vero che la qualificazione rileva in via astratta essendo l'ordinamento complessivamente inteso ad elevare l'interesse a situazione generale protetta, è altrettanto vero come anche la differenziazione non è operazione logica imperniata su soli dati fattuali; al contrario, è, comunque, lo stesso ordinamento a tracciare i confini oggettivi e soggettivi della regola istitutiva di protezione con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, compenetrando, quindi il dato squisitamente giuridico con quello più eminentemente fattuale. / [25.4.] In sostanza, occorre individuare la regola istitutiva di protezione e, all'interno del medesimo "ambito" normativo, l'ulteriore regola che collega la situazione alla vicenda concreta. L'unitarietà dell'ambito normativo discende dalla necessità di apprezzare in ragione dello stesso complesso tanto la protezione astratta di un certo interesse quanto il suo concreto riconoscimento in relazione ad una determinata vicenda»[2].

1 Sull'istituto mi si permetta di rinviare, anche per l'abbondante letteratura, a B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in *www.federalismi.it* 8 febbraio 2023, 108 seg.. *Adde*, A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.* n. 4/2022, 773 seg..

2 In termini analoghi, Cons. St., VI, 26 gennaio 2022, n. 530: «[l]a qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica imposto dall'operatività del principio di legalità. La differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri. / Il processo di differenziazione può essere "espresso" nei casi in cui la qualificazione e la differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione. / Il processo di differenziazione può essere "implicito" nei casi in cui la qualificazione e la differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia, che può essere ricostruita sulla base di "criteri materiali o caratteri fattuali" diversi a seconda del settore che viene in rilievo (quest'ultimo inciso è tratto da Cons. Stato, Ad. plen., n. 22 del 2021, cit.)».

In effetti, la legittimazione a ricorrere può essere definita come l'operazione di trasposizione, in capo ad un soggetto che agisce in concreto, di una situazione giuridica soggettiva corrispondente ad un interesse sostanziale considerato meritevole di tutela (giurisdizionale) secondo l'ordinamento giuridico vigente[3]. Definizione che ne vorrebbe, per un verso, mettere in evidenza l'aspetto secondo cui chi agisce o è chiamato in giudizio dispone di un interesse sostanziale che l'ordinamento giuridico abbia già riconosciuto come meritevole di tutela (giurisdizionale) e, quindi, come situazione giuridica soggettiva e, perciò, stando almeno al testo costituzionale – suscettibile, peraltro, sul punto di aggiornamento mediante interpretazione - , come diritto soggettivo o come interesse legittimo, e, per l'altro verso, circoscriverne il ruolo a figura giuridica volta ad individuare chi di quella certa situazione giuridica soggettiva possa esserne ritenuto titolare, a delimitare cioè i soggetti che possono agire o essere chiamati in giudizio[4].

Se così è, tutte le questioni attinenti al dubbio se un certo interesse sostanziale sia o no meritevole di tutela (giurisdizionale) per l'ordinamento giuridico vigente e possa dunque essere qualificato situazione giuridica soggettiva stanno a monte della legittimazione a ricorrere: si pensi solo al dubbio – che, in effetti, si potrebbe pure sollevare – se il c. d. interesse al panorama sia davvero giuridicamente protetto o se lo sia – per fare un altro esempio - il c. d. interesse allo sviamento della clientela, semmai, l'uno riconducibile al diritto di proprietà (art. 42 Cost.; art. 832 c. c.) e l'altro al diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.)[5]. Questioni a monte, dunque, le quali saranno soggette ad un regime loro proprio, riassumibile, principalmente, nel c. d. difetto assoluto di giurisdizione o nel c. d. annullamento senza rinvio o con rinvio della sentenza che abbia, rispettivamente, trattenuto o declinato erroneamente la giurisdizione. Al contrario, la legittimazione a ricorrere si pone a valle e, rimandando ad una determinata situazione giuridica soggettiva, servirà soltanto, appunto, a selezionare chi ne

3 Vale senz'altro la pena richiamare l'art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, dove, in relazione alla legittimazione a far valere il c. d. diritto di accesso, si intende «b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, *che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata* e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (corsivo mio). Inutile dire che parlare, con riguardo ad un interesse sostanziale, di meritevolezza della tutela sottintende la tutela giurisdizionale, il che non esclude, naturalmente, che l'ordinamento giuridico possa anche apprezzare un interesse sostanziale come meritevole solo di altro genere di tutele (amministrativa, arbitrale, ecc.), evenienza che qui però non rileva.
In dottrina, v., per tutti, S. MENCHINI, *Diritto processuale civile Volume I Parte generale*, Torino, 2023, III, 2: «I criteri relativi alla legittimazione individuano i legittimi contradditori, ossia i soggetti che debbono prendere parte al processo, affinché il giudice possa emettere una pronuncia di merito, che accerta l'esistenza o l'inesistenza della situazione giuridica fatta valere con la domanda»; e ancora: «[l]a legittimazione individua chi può proporre la domanda (attore), chi deve essere chiamato in giudizio (convenuto), chi può intervenire in causa, volontariamente o in modo coatto».
4 Sulle incertezze concettuali in ordine alla legittimazione ad agire e alle nozioni limitrofe, v., per tutti, CORSINI F., *Legittimazione processuale [dir. proc. civ.]*, in *www.treccani.it-Diritto on line* 2019.
5 Nega, per esempio, «cittadinanza» al secondo tipo di interesse sostanziale, da ultimo, CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 816.

possa essere l'intestatario e sarà perciò destinata a condizionare l'esercizio dell'azione dal punto di vista soggettivo, assoggettata, a sua volta, ad un regime suo proprio, sintetizzabile, in particolare, nell'ammissibilità/inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio e nella soggezione all'onere probatorio.

3. (segue):…qualificazione *vs.* differenziazione

Ora, è innegabile che tra qualificazione e differenziazione ci sia una sorta di circolarità ma questa (a parte il banale rilievo che la prima non è pensabile senza un riferimento ai soggetti di diritto, e viceversa) non sembra da ricollegare al fatto che l'una e l'altra - parafrasando la sentenza in commento - sarebbero destinate ad essere ritratte dal «medesimo ambito normativa» in cui si collocano le «regole istitutive di protezione di un interesse con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo che lo interseca». Piuttosto, la meritevolezza di tutela (giurisdizionale) degli interessi sostanziali secondo l'ordinamento giuridico vigente (la c. d. qualificazione) sembra doversi ricavare in base ad una ricostruzione di quest'ultimo (considerato) nel suo complesso e, quindi, alla stregua della disciplina di diritto pubblico e di diritto privato volta per volta pertinente, dal codice civile alla legislazione amministrativa, dalla Carta costituzionale al diritto eurounitario e al diritto internazionale e, perché no, genericamente parlando, alla stregua della sensibilità sociale raggiunta in un dato momento storico[6]. In questo recinto (amplissimo), diritto soggettivo e interesse legittimo (o, a limite, superando il binomio costituzionale, altra situazione giuridica soggettiva) sono perciò destinati a sovrapporsi, gli interessi ad (ognuno di) essi sottesi sono, cioè, per lo più – se non, addirittura, sempre - comuni, interscambiabili. In sintesi estrema, sono la «persona», le «cose», le «attività» (detto, in altri termini, l'«essere», l'«avere», il «fare») a generare ogni sorta di interesse sostanziale che può assurgere a situazione giuridica soggettiva, di modo che sia diritti soggettivi che interessi legittimi o, a limite, altra situazione giuridica soggettiva avranno in comune gli stessi interessi sostanziali così generati.

Di più. Così come si sogliono individuare varie categorie di diritti soggettivi sulla base della loro fonte di produzione (persona, cose e le diverse attività-fonti delle obbligazioni) – diritti reali, diritti personali (diritti della personalità, diritti personali di godimento), diritti di credito (diritti ad una prestazione di dare, di fare, di non fare) - , allo stesso modo appare ben possibile enucleare, sulla base del diritto vivente, vari tipi di interessi legittimi, distinguendo, innanzitutto, quelli incentrati sui c. d. diretti destinatari - interessi legittimi pretensivi e oppositivi in senso stretto - , e quelli imputabili invece ai c. d. terzi e tipizzabili in modo da

6 Un esempio di ampia portata di interessi (sostanziali) i quali non trovano ancora spazio nell'ambito della tutela giurisdizionale è costituito dagli interessi c. d. semplici, tradizionalmente denominati pure «diritti civici», i quali, pertanto, da questo punto di vista, sono da qualificare «interessi di mero fatto», cfr., significativamente: Cons. St. IV, 16 novembre 2022, n. 10073; T. A. R. Lazio, Roma, II, 21 luglio 2023, n. 12311; T. A. R. Campania, Napoli, VII, 02 ottobre 2023, n. 5368.

rappresentare le diverse posizioni in cui costoro possono venirsi a trovare rispetto ad un certo tipo di potere amministrativo[7].

Diverso è invece il discorso per quanto concerne la differenziazione, quest'ultima dovendo infatti servire, per quanto detto, unicamente come criterio per appuntare, in capo ad un soggetto che agisca in concreto, la titolarità di una situazione giuridica soggettiva e, quindi, uno di quei tipi di diritti soggettivi o di interessi legittimi di cui si è parlato, in generale, una qualsiasi situazione soggettiva (giurisdizionalmente) tutelata.

4. Legittimazione ad agire *vs.* legittimazione a ricorrere

Ciò detto, come bene mette in luce la pronuncia in commento, ogni difficoltà per appuntare in capo ad un soggetto un interesse legittimo dipende dal fatto che tale situazione giuridica soggettiva sgorga sempre dall'esercizio e, quindi, dall'intermediazione di un potere amministrativo (per quanto, in forza del principio di legalità, ci stia a monte sempre la legge), il quale, per sua stessa natura, è, come si suol dire, multipolare o poligonale: «[25.5.]…[o]ra, nel settore amministrativo, l'azione della "parte" Amministrazione è governata e limitata da un complesso di regole la cui concreta applicazione non investe, nella generalità dei casi, la posizione di un unico soggetto ma, al contrario, involge una pluralità di situazioni soggettive. Secondo quanto evidenziato da diversi settori della dottrina, l'attività amministrativa risulterebbe, in numerose ipotesi, caratterizzata da poligonalità o multipolarità, così definita per l'idoneità dell'azione "a coinvolgere, attraverso gli effetti del provvedimento, la sfera giuridica di una pluralità di soggetti diversi dal destinatario". In sostanza, il complesso di regole che governano l'azione amministrativa non guida l'azione dell'Amministrazione verso il solo "destinatario" della stessa (che, in questi termini, non sarebbe neppure predicabile, come evidenziato da altra parte della dottrina), ma involge anche le posizioni di ulteriori soggetti (la cui platea risulta a "geometrie variabili", a seconda della tipologia di provvedimento e degli effetti che lo stesso è in grado di sprigionare) i quali vantano - per mutuare una immagine elaborata dalla teoria generale e ripresa, di recente, da parte della dottrina civilistica - una posizione di immunità da possibili illegittimità nell'azione amministrativa, dalla quale germina l'interesse legittimo a contestare l'operato dell'Amministrazione ove incidente in modo sfavorevole sulla propria sfera soggettiva».

Proprio al descritto carattere del potere amministrativo sembra, dunque, in ultima analisi, da far risalire tutta la problematica della legittimazione a ricorrere, in primo luogo, di quella attiva. Più precisamente, se il potere amministrativo esercitato presenta i c. d. diretti destinatari, l'intestazione di quelli che si sono denominati interessi legittimi oppositivi o pretensivi in senso stretto è immediata: come il contratto o altro atto di diritto privato

7 Si tratta di interessi legittimi che potrebbero, a loro volta, essere denominati, per esempio, come interessi legittimi ostili, rivali, al rispetto della legalità dell'azione amministrativa, dipendenti, persecutori, a seconda di come, appunto, i «terzi» si pongano nei confronti, rispettivamente, dei poteri ampliativi, selettivi (concorrenziali o competitivi), plurioffensivi, ablatori/ampliativi, di secondo grado, doverosi, cfr., al riguardo, SPAMPINATO, *Legittimazione cit.*, 120, 121.

permettono l'individuazione immediata del titolare del diritto soggettivo, analogamente, il provvedimento amministrativo (e, prima ancora, la disciplina attributiva e regolativa del corrispondente potere contraddistinto da propri «diretti destinatari») consente di individuare, con altrettanta facilità, gli intestatari di quei due tipi di interessi legittimi. Ma se il potere amministrativo non ha solo «diretti destinatari» o addirittura ne è privo (si pensi ai poteri c. d. plurioffensivi) e, a causa del suo carattere multipolare, tocca nondimeno (anche o solo) i c. d. terzi, è a questo punto che potrà sorgere il dubbio su quali di essi potranno essere considerati davvero intestatari di interessi legittimi, sia dal lato attivo che dal lato passivo, e si tratterà, più precisamente ancora, di intestare loro una delle categorie di interesse legittimo sopra sommariamente richiamate. Ed è a questo punto che interviene, dunque, il concetto di differenziazione, il quale si concreterà nell'uso di una serie di indici (prevalentemente) fattuali reputati idonei dal giudice amministrativo a giustificare, appunto, l'intestazione in capo al «terzo» di un (certo tipo di) interesse legittimo[8]. Da qui, poi, indici fattuali come quelli racchiusi nel noto criterio della *vicinitas* o la necessità o meno di aver presentato la domanda di partecipazione ad una procedura di gara o la considerazione, relativamente agli enti collettivi, di elementi quali le finalità statutarie o l'assenza di un conflitto di interessi, ecc., ecc.. Da qui, infine, la notazione che ad essere atipici non sembrerebbero, come talora si dice[9], gli interessi legittimi ma, semmai, i predetti indici, giacché, se è vero che i primi sono tipizzabili (al pari dei diritti soggettivi), è piuttosto la ricognizione di quegli indici che rimane destinata a sfuggire - ed è naturale che sia così, dato che ci si muove su un piano concreto - ad una (esatta) predeterminazione; gli indici stessi, insomma, sono «interni» a ciascun categoria di interessi legittimi.

5. Legittimazione a ricorrere *vs.* concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa

8 Cfr., invece, CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 793 seg., che prende a termine di riferimento il «tipo di soggetto garantito dalla legge»: «[s]e l'individuazione della legittimazione si risolve, pertanto, nella ricerca dello specifico destinatario dell'esercizio del potere già esercitato o dell'inerzia già verificatasi, si comprende perché essa vada individuata in concreto, stabilendo se chi ricorre rientri nel tipo di soggetto garantito dalla legge» (p. 819). Il che, tuttavia, non risulta chiaro, perché se fossero *a priori* noti i «soggetti garantiti dalla legge» non esisterebbe alcun problema di riconoscimento della legittimazione a ricorrere. Ne esce perciò viziata anche la ricerca degli indici di riconoscimento della legittimazione a ricorrere che vengono rintracciati unicamente sul piano normativo, nei più disparati testi di legge.

9 Si può così leggere, per esempio, in Corte Cass., S. U., 02 agosto 2019, n. 20820: «[n]ella giurisdizione amministrativa, la situazione giuridica fatta valere dal ricorrente in sede di giudizio, collegata al potere riconosciuto ed esercitato dall'Amministrazione *ex lege, ha una consistenza indeterminata, non appartenendo a catalogazioni legislative specifiche*…. / Tale operazione, che tende a identificare nella titolarità di un interesse legittimo la sussistenza della legittimazione ad agire, è il risultato di una lunga operazione giurisprudenziale che circoscrive l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa al soggetto giuridico portatore dell'interesse sostanziale sul quale incide il provvedimento amministrativo» (corsivo mio).

Ciò posto, per selezionare, allora, tali indici e così dissipare (o, quanto meno, attenuare) i dubbi relativi a quali «terzi» (soltanto) possa intestarsi un (certo tipo di) interesse legittimo non sembra che esserci un'unica via, quella di fare capo al modo in cui venga concepita la giurisdizione amministrativa. E, dunque, ove si convenga sul carattere soggettivo di quest'ultima – cosa di cui almeno oggi non sembra si possa seriamente dubitare (art. 24 Cost.; art. 1 c. p. a.; artt. 6 e 13 CEDU; art. 47, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'uomo dell'UE) - , la ricostruzione della legittimazione a ricorrere non potrà che allinearsi a tale concezione[10].

Si prenda come esempio l'interesse all'ambiente salubre, interesse sostanziale senza ombra di dubbio giuridicamente (*rectius*, giurisdizionalmente) protetto, vuoi perché c'è già una norma nel codice civile (art. 844), vuoi perché è riconducibile al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., vuoi perché c'è un'ampia disciplina (amministrativa e non solo) in materia ambientale (d. lgs. n. 152 del 2006), quest'ultima di rilievo costituzionale e persino sovranazionale. Il profilo oggettivo – la c. d. qualificazione – risulta, in altri termini, pienamente soddisfatto[11]. Se, dunque, uno di quei poteri amministrativi c. d. plurioffensivi lo venga ad intaccare, a questo punto subentrerà il problema del «terzo» a cui intestare l'interesse legittimo di cui quell'interesse (sostanziale) viene a costituire il sostrato[12], giacché le opzioni prospettabili sono molteplici: e, dunque, riconoscere quella situazione giuridica soggettiva in capo a chi risiede in zona, a chi è semplicemente proprietario di un'abitazione della zona, a chi abita stabilmente in zona, e a quale distanza dalla sorgente lesiva, e, ancora, ai soli «residenti», a un condominio, ad un comitato spontaneo di cittadini, ecc., ecc.? Inoltre, in capo a chi lamenti un pregiudizio concreto, ma quanto concreto? Ed ecco, dunque, emergere in tutta la sua problematicità (e, perché no, in tutta la sua drammaticità!) la c. d. (operazione di) differenziazione. Come detto, però, ad orientare l'interprete può venire in soccorso la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa, in coerenza della quale, pertanto, dovrà essere ricostruito, ad esempio, il tradizionale concetto della *vicinitas* e dal quale punto di vista parrebbe, per esempio, del tutto ragionevole negare la legittimazione ad un comitato spontaneo di cittadini sorto per l'occasione (c. d. comitato d'occasione o di comodo), per quanto nobilissimo ne possa essere l'intento perseguito[13]. Peraltro, anche così precisato il criterio della differenziazione, è innegabile che rimarrà, comunque, in capo al giudice amministrativo, un (ampio) margine di discrezionalità.

---

10 Opposta conclusione in CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 820: «[c]osì argomentando, il problema della concretezza della legittimazione è reso del tutto indipendente da quello dell'oggetto del giudizio e della natura della giurisdizione».

11 Per questo genere di interesse, cfr. Cons. St., IV, 23 maggio 2023, n. 5104.

12 Interesse legittimo che apparterrebbe al gruppo (peraltro, il più difficile da perimetrare) degli interessi (legittimi) «al rispetto della legalità dell'azione amministrativa».

13 Un esempio in T. A. R. Toscana, Firenze, II, 14 novembre 2022, n. 1303. Con riferimento ad un'associazione, cfr. Cons. St., IV, 28 novembre 2022, n. 10441.

6. Affermazione della titolarità *vs.* effettiva titolarità dell'interesse legittimo

È il caso di aggiungere che la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa di legittimità non sembra possa ineluttabilmente portare a recepire il tradizionale insegnamento processualcivilistico che identifica la legittimazione ad agire con l'affermazione della titolarità della situazione giuridica soggettiva (*rectius*, del diritto soggettivo) portata(o) in giudizio[14]. Lasciando da parte infatti ogni sia pur minima considerazione su tale insegnamento e la sua stessa plausibilità[15], se la spiegazione di esso si deve al fatto che accertare l'effettiva titolarità del diritto soggettivo è già accertamento sull'esistenza del diritto soggettivo e, quindi, esame nel merito della causa, nel caso dell'interesse legittimo accertare il profilo soggettivo dell'azione (processuale) può non esaurire ancora del tutto il merito della causa, il quale potrà abbisognare di ulteriori passaggi per determinare la spettanza del bene della vita (o il suo equivalente economico) oggetto di quell'interesse, per cui nessun rischio di commistioni si corre dando priorità all'accertamento nel quale consisterebbe la legittimazione a ricorrere, cosicché già da questo punto di vista quell'insegnamento mal si adatterebbe al processo

14 Per questo filone dottrinale, v., per tutti, M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, 164.

Per l'insegnamento processualcivilistico tradizionale, v. per tutti, CORSINI, *Legittimazione cit.*, par. 1: «[l]a legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma come titolare del diritto dedotto in giudizio, mentre la legittimazione a contraddire si configura in capo a chi è affermato nella domanda come titolare dell'obbligo. La legittimazione ad agire, dunque, non dipende dalla titolarità della situazione sostanziale, ma esclusivamente dalla prospettazione, ossia dall'affermazione di essere titolari di un determinato rapporto giuridico; specularmente, la legittimazione a contraddire presuppone che il convenuto sia affermato come titolare dell'obbligo il cui adempimento è oggetto della domanda». Nella manualistica, v., per tutti: C. MANDRIOLI- A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2023, 33-35.

15 Cfr., peraltro, MENCHINI, *Diritto cit.*, III, 2, che così distingue: «[d]i regola, la legittimazione è basata sulla titolarità del diritto controverso, sulla *res in iudicium deducta* (legittimazione ordinaria); l'esistenza della situazione sostanziale rileva ai fini sia del rito (legittimazione), sia del merito (fondatezza della domanda). / In tale caso, la legittimazione è valutata sulla base della mera affermazione contenuta nella domanda, mentre l'effettiva esistenza del diritto o dell'obbligo rileva ai soli fini della pronuncia di merito…. / Invece, in ipotesi particolari, la legittimazione è fondata non sulla (affermata) titolarità del diritto controverso, ma su un elemento differente, che non rileva ai fini del merito; il modo di essere di tale elemento costituisce, cioè, non una questione di merito, ma solo una questione di rito. / La situazione legittimante è costituita dalla titolarità o di un diritto diverso da quello oggetto del processo, ma con questo interferente (si pensi alle figure di legittimazione straordinaria…) o di una qualità giuridica (ad esempio, la qualità di socio nei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari, di cui all'art. 2377 c.c.). / Orbene, in tali fattispecie, la legittimazione è fondata non sulla mera affermazione dell'attore (di essere creditore, usufruttuario o socio) ma sulla effettiva esistenza del diritto o della qualità giuridica, che costituiscono il titolo della legittimazione (la situazione legittimante)»; per poi, a p. III, 2, concludere: «[n]on è chi non veda la irragionevolezza di simili conclusioni». Un'analoga distinzione in A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 199.

amministrativo[16]. D'altra parte, sempre in linea di massima, intestare i diritti soggettivi non sembra destare particolari problemi, perché si tratta di posizioni formalizzate (o predefinite), scaturenti, in forza della legge, direttamente dalla persona, da una cosa (giuridicamente qualificata come bene) o da una attività-fonte di obbligazioni e, quindi, *ex* art. 1173 c. c., da un contratto o da altro atto di diritto privato e da un fatto, in particolare, illecito; semmai, solo in quest'ultimo caso potrebbero nascere dubbi, essendo la responsabilità aquiliana fondata sulla clausola generale del «danno ingiusto» (art. 2043 cod. civ.). Ma, laddove si tratti di imputare interessi legittimi, le cose paiono mettersi alquanto diversamente a causa, come si è visto, della poligonalità o multipolarità del potere amministrativo.

7. Il profilo probatorio

La pronuncia *de qua* fa il punto anche sulla «[29.2.1.]…differente articolazione degli oneri probatori nel caso di affermazione della legittimazione o affermazione della titolarità del rapporto che discende dalla differenza tra le due figure». E così, proprio muovendo (oltre che dall'atipicità delle azioni) dalla «natura eminentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa», traspone in essa rodati insegnamenti della Corte di Cassazione. «[29.2.2.] Infatti, ai fini della legittimazione è sufficiente la mera affermazione della posizione soggettiva sulla base della quale si agisce; tale configurazione discende da una caratteristica ontologica della figura che è, infatti, "concetto funzionale", collegato direttamente allo scopo della tutela giurisdizionale e, di riflesso, agli obiettivi ai quali è preordinato l'esercizio dell'azione…. / [29.2.4.] Al contrario, la titolarità del rapporto controverso attiene al successivo momento della prova della fondatezza della domanda, che ciascuna delle parti è onerata di assolvere, dovendosi, sul punto, ribadire il principio secondo cui "la contestazione della titolarità attiva del rapporto controverso non è un'eccezione, ma una mera difesa, sicché il convenuto non ha onere alcuno di provarne la fondatezza; è invece onere dell'attore, in base alla ripartizione

16 «[2.-]…Nel processo civile, ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire, si ritiene sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (cd. possibilità giuridica). Tale diversità è conseguenza del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto. Nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora il giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8232)» (così Cons. St., VI, 26 gennaio 2022, n. 530). Significativo è anche F. FRACCHIA (A CURA DI), E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 852, per quanto colleghi l'alternativa tra affermazione e effettiva titolarità dell'interesse legittimo al modo di intendere quest'ultimo, rispettivamente, se come «pretesa al bene finale» o come «aspirazione a un bene a soddisfazione non necessaria». Per altra spiegazione, riconducibile invece alla tesi che ravviserebbe l'oggetto del processo amministrativo nell'atto amministrativo, v.: CLARICH, *Manuale cit.*, 164.

fissata dall'art. 2697 c.c., dimostrare gli elementi costitutivi del diritto azionato, vale a dire l'esserne titolare"».

Distinzione dalle implicazioni pratiche non indifferenti[17], la quale, calata nel processo amministrativo - dove, come si è visto nel precedente paragrafo, tra affermazione dell'interesse legittimo e titolarità effettiva dello stesso non sembra esserci scarto - , implicherà che il giudice, chiamato, al momento di definire il giudizio, a vagliare d'ufficio – e *a fortiori*, su rilievo di parte[18] - se, in particolare, al «terzo» ricorrente o intimato in giudizio sia imputabile un interesse legittimo e se gli indici (prevalentemente fattuali) addotti a questo scopo siano idonei, dovrà altresì appurare se questi indici siano autoevidenti o supportati da un adeguato riscontro probatorio[19]. Ulteriore aspetto è, poi, chiedersi se accertare la legittimazione a ricorrere sia questione di rito o di merito, quesito di sicuro rilievo quanto meno ai fini dell'applicazione dell'art. 276 cod. proc. civ., limitatamente al quale, stante quanto enunciato, non si tarderebbe però a rispondere che si tratti di questione destinata comunque ad avere priorità di scrutinio[20].

8. Legittimazione a ricorrere avverso (l'annullamento d'ufficio di) un diniego di attestato di libera circolazione e la dichiarazione di interesse culturale

Venendo ora alla fattispecie presa in considerazione nella sentenza in commento, essa si rivela assai istruttiva rispetto al quadro fin qui tracciato. Non è tanto importante seguirne pedissequamente il percorso argomentativo. Si noterà soltanto, a questo riguardo, che, la pronuncia, per un verso, ripropone la già evidenziata commistione tra qualificazione e differenziazione facendo capo ad un *mixtum* normativo composto dall'art. 68, comma 1, d. lgs. n. 42 del 2004 (d'ora in poi, codice) e dalle disposizioni civilistiche sul contratto di mandato e,

17 Questa la conclusione cui giunge la sentenza: «[29.3.] [n]el caso di specie, la contestazione del Ministero non attiene alla titolarità del rapporto ma alla sussistenza della condizione dell'azione. Pertanto, tale contestazione non integra una mera difesa (da cui consegue l'onere per la parte attrice di provare l'effettiva sussistenza della situazione soggettiva), ma un'eccezione relativa ad un elemento paralizzante la possibilità di attivare il giudizio che era, pertanto, onere del Ministero supportare con adeguate evidenze, insussistenti nel caso di specie».

18 «Il difetto di legittimazione è oggetto di un'eccezione di rito, che, ove ritenuta fondata, impone la chiusura in rito del processo. / L'eccezione è rilevabile, oltre che su istanza di parte, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo» (MENCHINI, *Diritto cit.*, III, 2).

19 Si pensi, da un lato, alla legittimazione dei c. d. diretti destinatari, risultante *ictu oculi* dagli atti impugnati, e, dall'altro lato, per esempio, alla necessità dello «stabile collegamento» con il territorio o alla necessità di un pregiudizio (realmente) concreto, e così via.

20 Peraltro, coerente con l'orientamento espresso riguardo all'onere della prova e sopra richiamato sembrerebbe ritenere che si tratti di una questione di merito, con conseguente sentenza di rigetto (in questo senso, v. CLARICH, *Manuale cit.*, 165) anziché di rito o, almeno, solo apparentemente di rito (in questo senso, v. TRAVI, *Lezioni cit.*, 198, 388). Ma la risoluzione del quesito è destinata a rimandare agli *apicibus iuris*, quali la teorica dell'azione (processuale) (su cui, di recente, v. M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, Napoli, 2022) e i (connessi) rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale.

per l'altro verso, sembra più sbilanciata sulla legittimazione a ricorrere avverso il diniego di un attestato di libera circolazione di una cosa di interesse culturale (emanato dall'ufficio di esportazione) piuttosto che rispetto all'annullamento d'ufficio (disposto dall'organo centrale ministeriale) avente per oggetto il rilascio di quell'attestato e nella specie costituente il reale oggetto del contendere.

Comunque sia, merita sicuramente attenzione la questione se la legittimazione a ricorrere avverso il diniego di un attestato di libera circolazione e la successiva dichiarazione di interesse culturale possa essere riconosciuta (anche) in capo al mandatario incaricato dal proprietario della cosa di interesse culturale, oltre che a quest'ultimo. La sentenza dà risposta positiva, poiché essa osserva che l'art. 68, comma 1, del codice, nello stabilire che «[c]hi intende far uscire in via definitiva dal territorio della Repubblica le cose indicate nell'articolo 65, comma 3, deve farne denuncia e presentarle al competente ufficio di esportazione…», «[25.6.]…non circoscrive il potere di presentare la denuncia al titolare del diritto di proprietà o di altra situazione soggettiva qualificata ma si affida ad un pronome relativo indefinito che esprime, pertanto, un'ampia legittimazione sostanziale, rilevante…anche sul piano processuale. Tale dato normativo consente, infatti, di ritenere qualificate le situazioni di tutti i soggetti che possano vantare un legame giuridicamente rilevante con il bene oggetto dell'istanza».

Ora, seguendo le coordinate concettuali fin qui esposte, non v'è dubbio che l'interesse di chi avvia l'esercizio del potere amministrativo di rilasciare l'attestato di libera circolazione sia un interesse sostanziale giuridicamente (*rectius*, giurisdizionalmente) qualificato, per il semplice fatto che esso inerisce al diritto di proprietà (art. 832 c. c.), la cui facoltà di godimento certamente non può non includere la possibilità di movimentare gli oggetti (nel rispetto, ovviamente, per taluni di essi, di eventuali divieti o limiti sanciti dall'ordinamento). Sulla qualificazione, dunque, nessun tentennamento, mentre, per le ragioni già spiegate, appare superfluo, se non fuorviante, invocare le «regole protettive» (che sarebbero, nella specie,) costituite dall'art. 68 cit. e dalle disposizioni sul contratto di mandato. Passando invece al criterio della differenziazione di quell'interesse, la sentenza in commento non esita a riscontrarla in capo alla casa d'aste sulla base dello stesso complesso normativo ma, sostanzialmente, poi, sulla base del (solo) contratto di mandato[21]. Tanto esposto, alla stregua

21 «27. La differenziazione avviene, invece, per effetto di elementi che, come esposto, non sono soltanto fattuali ma si rinvengono, in primo luogo, nel dato normativo, dovendosi considerare che sono, molto spesso, le stesse regole di protezione a tracciare (o dettare criteri per tracciare) i propri confini oggettivi e soggettivi con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, dando, quindi, specifica rilevanza a tale interesse in relazione ad una certa vicenda concreta. Nel caso di specie, tali regole risiedono nel complesso di norme (sopra indicato) che, nella loro applicazione, hanno abilitato la casa d'aste ad un concreto potere gestorio del bene, coinvolgendo la stessa nell'azione della parte pubblica. Pertanto, il contratto stipulato dalle parti – espressione di un interesse meritevole di tutela secondo la valutazione che l'ordinamento ha tradotto, sul punto, nelle regole civilistiche del negozio di mandato - risulta, quindi, l'elemento fattuale concreto (espressione, come spiegato, delle concreta

delle coordinate concettuali prima esposte, porterebbe, tuttavia, a pensare che il Consiglio di Stato abbia voluto riconoscere la legittimazione a ricorrere ad un soggetto titolare di un interesse legittimo (di tipo) «dipendente», una volta osservato che la casa d'aste aveva ricevuto mandato a vendere dal proprietario della cosa di interesse culturale (un'opera di Salvator D'Alì) e, quindi, si era venuta a trovare legata a quest'ultimo da un rapporto di diritto privato. Ma se così fosse, ci troveremmo di fronte ad una pronuncia innovativa, perché, normalmente, la giurisprudenza tende ad escludere la legittimazione a ricorrere in capo a chi sia titolare di un interesse legittimo di quel genere, ammettendone unicamente la legittimazione ad intervenire in un processo già in corso[22].

A ben guardare, però, non c'è innovazione, perché la presenza di un interesse legittimo «dipendente» è solo apparente. Il fatto è che il tenore letterale della prima parte dell'art. 68, comma 1, del codice – sopra riportata - individua in modo assolutamente generico i soggetti legittimati ad attivare il procedimento di rilascio dell'attestazione di libera circolazione di una cosa di interesse culturale[23]. È, allora, chiaro che ad avviare questo tipo di procedimento amministrativo non necessariamente dovrà essere il proprietario della cosa di interesse culturale ma potrà farlo - come si esprime la sentenza - chiunque possa vantare una «relazione qualificata con il bene», tra cui, appunto, il mandatario, che - va aggiunto - è, tra l'altro, menzionato espressamente nell'art. 129, comma 1, secondo periodo, r. d. n. 30 gennaio 1913, n. 363 (col quale viene approvato l'annesso regolamento per l'esecuzione delle leggi 20 giugno 1909, n. 364 e 23 giugno 1912, n. 688, relative alle antichità e belle arti), tuttora vigente[24] e secondo cui «[l]a presentazione [delle cose da esportare] potrà essere fatta dal proprietario o da un suo mandatario, purché questa qualità sia legalmente comprovata, oppure da uno spedizioniere provveduto di patente d'esercizio, la cui data sia anteriore ai tre anni». Da questo punto di vista, prendendo a prestito le parole della sentenza, «…il contratto stipulato dalle parti…risulta, quindi, l'elemento fattuale concreto…che differenzia la posizione della Società…». Se così è, costui, però, rispetto al potere amministrativo esercitato, andrà considerato, piuttosto che «terzo», «diretto destinatario» e come tale titolare di un vero e proprio interesse legittimo (di tipo) pretensivo in senso stretto, in nulla diverso da quello di cui è titolare il proprietario della cosa da esportare. Se questo è vero, l'orientamento tradizionale che esclude la configurabilità della legittimazione a ricorrere in capo a chi sia portatore di un interesse legittimo «dipendente» - lo si qualifichi, poi, interesse legittimo o gli

declinazione di regole astratte) che differenzia la posizione della Società, coinvolgendola nell'azione del Ministro della Cultura e consentendo di ritenere integrato anche il secondo elemento della legittimazione a ricorrere».

22 Sul punto, v. SPAMPINATO, *Legittimazione cit.*, par. 5, dove si richiama Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

23 Analogamente, ad esempio, all'art. 11 t. u. n. 380/2001, a tenore del quale «[i]l permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo», sulla cui estensione basti rimandare a Cons. St., IV, 15 marzo 2022, n. 1827.

24 Circolare n. 13 del 24 maggio 2019, p. 21.

si neghi addirittura tale qualifica[25] – resta salvo o, quanto meno, non trova una smentita nella pronuncia annotata. Naturalmente, una volta intestato alla casa d'aste un interesse legittimo (di tipo) pretensivo sarà poi facile – e così si arriva al versante oscurato dalla pronuncia – riconoscere in capo alla stessa un interesse legittimo (di tipo oppositivo in senso stretto) nei confronti del potere di annullamento in autotutela (dell'attestato di libera circolazione), riconoscimento del tutto scontato in giurisprudenza[26].

Per ciò che concerne, infine, la legittimazione a ricorrere avverso la dichiarazione di interesse culturale, la sentenza annotata, di nuovo, la riconosce in capo alla casa d'aste, ravvisando la sussistenza di entrambi i caratteri della qualificazione e della differenziazione, «[28.]…[s]ituazioni entrambe ricorrenti nel caso di specie, ove si tenga conto che sussiste una relazione qualificata della casa d'asta con il bene (che la rende destinataria di specifici obblighi di conservazione e cura) e che tale situazione qualificata fonda una posizione di immunità della Società rispetto ad un esercizio illegittimo del potere, conferendo, quindi, un interesse legittimo (di natura, ovviamente, sostanziale), la cui tutela è conferita al Giudice amministrativo». Conclusione senz'altro da condividere anche utilizzando le coordinate qui delineate e, alla loro stregua, osservando che nei confronti del potere di dichiarazione dell'interesse culturale (art. 14 del codice) la casa d'aste potrà vantare un interesse legittimo (di tipo) oppositivo in senso stretto, non diversamente sempre dal proprietario, poiché, assieme a quest'ultimo, essa è sicuramente annoverabile tra i «diretti destinatari» del potere (dichiarativo-conformativo) in questione, dato che, in base all'art. 14, comma 1, del codice, «[i]l soprintendente avvia il procedimento per la dichiarazione dell'interesse culturale…dandone comunicazione al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa che ne forma oggetto» e che, inoltre, come accenna la sentenza, «[i] privati proprietari, possessori o detentori di beni culturali sono tenuti a garantirne la conservazione» (art. 30, comma 3, del codice). Se così è, anche da questo punto di vista, nonostante le apparenze, non si è intestato alla casa d'aste un interesse legittimo (di tipo) c. d. dipendente e resta così nuovamente confermato l'orientamento tradizionale che esclude la legittimazione a ricorrere in capo a chi ne sia titolare.

A margine, resta sempre problematico l'orientamento tradizionale, se cioè sia davvero incompatibile con il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa escludere la legittimazione a ricorrere in capo al «terzo» che sia titolare di un interesse legittimo c. d. dipendente, per riconoscergli invece una tutela «dimezzata» ovvero la semplice legittimazione ad intervenire. In effetti, pare innegabile che quel «terzo» possa anche subire dall'esercizio del potere amministrativo contro cui vorrebbe dolersi un pregiudizio patrimoniale non indifferente, proprio come nella fattispecie, e, d'altro canto, ammetterne una tutela (giurisdizionale) piena non sembra snaturare la funzione propria della predetta giurisdizione.

25 Cfr. Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

26 Per esempio, T. A. R. Lazio, Roma, II stralcio, 25 maggio 2023, n. 8842.

9. Rapporto tra il procedimento di verifica e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione

Altro punto affrontato nella sentenza annotata è il rapporto tra il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione di una cosa di interesse culturale e il procedimento di verifica dell'interesse culturale, rapporto ritenuto di autonomia. «[45.4.] Infatti, proprio dal complessivo quadro normativo si evince come i procedimenti e le valutazioni di cui agli artt. 12 e 13 del Codice siano, comunque, distinti sia dall'accertamento volto a constatare la mera riconducibilità di un'opera ai divieti di cui all'art. 65, commi 1 e 2, sia dal procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione per i beni di cui all'art. 65, comma 3, ai quali soltanto si riferisce l'art. 68 del Codice. Un'alterità che attiene alla competenza (per i procedimenti di cui agli artt. 12 e 13 e quello di cui all'art. 68), nonché ai presupposti e all'oggetto del giudizio, e all'intensità e alla latitudine delle valutazioni richieste. In sostanza, la pur necessaria interrelazione tra i vari procedimenti non è sinonimo di omogeneità delle valutazioni che i provvedimenti conseguenti a tali procedimenti esprimono. Infatti, la valutazione di cui all'art. 68 del Codice è, esclusivamente, volta al rilascio dell'attestato di libera circolazione per i beni di cui all'art. 65, comma 3, ed è effettuata…secondo gli specifici criteri richiamati dall'art. 68, comma 4, del Codice. Al contrario, le verifiche di interesse culturale sono di competenza di altri uffici del Ministero e sono disposte secondo gli indirizzi generali (diversi da quelli di cui all'art. 68, comma 4, del Codice) dettati in attuazione dell'art. 12, comma 2, del Codice»[27].

In effetti, tra i due procedimenti predetti, come nota il Consiglio di Stato, non ci sarebbe alcuna interferenza poiché, in assenza della verifica dell'interesse culturale e, quindi, dell'esaurimento di tale procedimento, il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione non potrebbe essere avviato, essendo vietato esportare «cose» destinate ad essere ancora oggetto di verifica (art. 65, comma 2, lett. a), del codice). Tutt'al più, si potrebbe riconoscere agli uffici di esportazione competenti al rilascio dell'attestato predetto soltanto il limitato potere di rilevare l'inesistenza assoluta di un interesse culturale della cosa, ipotesi considerata, tuttavia, dallo stesso Supremo Consesso, quasi di scuola[28]. E ha cura di aggiungere il Supremo Consesso che per la stessa autonomia tra i due procedimenti non sarebbe neppure possibile, alla stregua della nozione di atto amministrativo implicito elaborata dalla giurisprudenza, ritenere la verifica dell'interesse culturale implicita nell'attestato di libera circolazione: «[48.4.] Nel caso di specie non sarebbe, comunque, predicabile un legittimo provvedimento implicito dell'Amministrazione atteso che sussiste una diversa competenza all'adozione dell'attestato di libera circolazione e alla verifica di interesse culturale. Inoltre, lo stesso disposto dell'art. 65, comma 2, lett. a), del Codice limita la verifica dell'Amministrazione

27 I criteri dettati per la verifica dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del codice, sono contenuti nella nota del 3 marzo 2009 recante "Verifica dell'interesse culturale. Applicazione dell'art. 12 comma 2 del D. Lgs. 42/04 e succ. modifiche e integrazioni". Gli «indirizzi di carattere generale», adottati in attuazione dell'art. 68, comma 4, secondo periodo, del codice, sono ora contenuti nel d. M. 06 dicembre 2017, n. 537.

28 Punto 45.2..

al solo accertamento dei presupposti, ponendo una condizione all'uscita del bene, consistente nell'esito della verifica di interesse culturale. Lo stesso meccanismo normativo esclude, quindi, la possibilità di implicita valutazione dell'interesse, condizionando la futura ed eventuale uscita dal territorio all'esito del successivo procedimento di verifica».

10. Il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale

La sentenza annotata tratta altresì della classica questione relativa ai limiti del sindacato sul giudizio tecnico espresso con il provvedimento che dichiara una «cosa» bene culturale. Rinviando anche a questo riguardo all'ampio svolgimento che ne fa la sentenza[29], vale senz'altro la pena richiamarne il testo per la parte in cui afferma: «[78.1.]…[i]nfatti, la stessa nozione di bene culturale è un concetto aperto, il cui contenuto viene dato dalle elaborazioni proprie di altri rami del sapere…. / [78.2.] Inoltre, il riferimento alle acquisizioni di questi diversi campi del sapere non è, tra l'altro, fisso ma mobile. In sostanza, il "*laboratorio*" del sapere che definisce il carattere culturale del bene non può ritenersi ancorato ad un determinato periodo storico ma, al contrario, si nutre delle progressive acquisizioni ed elaborazioni che tale sapere esprime. In materie come quella in esame e nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, non può, infatti, aver spazio una "*pietrificazione*" delle nozioni…; né ciò comporta, per converso, l'adesione a metodi fondati su letture eccessivamente evolutive e ancorate a clausole nettamente aperte che possono terminare per consegnare la valutazione discrezionale a meri arbitri del giudizio…. / [78.3.] Inoltre, si tratta di un sapere che attiene, come notato dalla dottrina, al "*Verstehen*", alla comprensione, e non all'"*Erklaren*", e, cioè, alla mera spiegazione che è tipica di una scienza descrittiva o empirico-analitica. Un sapere che esprime giudizi la cui peculiarità è quella di essere espressione della differente attitudine delle regole delle scienze umane, diverse da quelle delle scienze applicate. Infatti, il sapere in questione non si ascrive al campo (per utilizzare una terminologia pur non unanimemente condivisa) delle c.d. "*hard sciences*" (dai dati sperimentali, oggettivamente quantificabili, controllabili e ripetibili), ma afferisce, al contrario, alle scienze non esatte, nelle quali i risultati delle valutazioni non possono ritenersi conseguenti e vincolati ma sono intrinsecamente opinabili, per l'assenza di certezze oggettive e di sicurezze anticipate…. / [78.5.] L'identificazione "*giuridica*" di un bene culturale necessita, quindi, delle elaborazioni dello specifico sapere attraverso il quale si apprezza la valenza culturale dell'opera. Una constatazione che, in quanto derivante dallo stesso sistema normativo, vincola lo stesso Giudice che tale sistema è chiamato ad applicare e che, quindi, non può che tener conto dei tratti caratteristici di quel sapere. Constatazione che, lungi dal tradursi nell'impossibilità di operare controlli su valutazioni tecnico-discrezionali, disegna proprio i contorni di tali controlli, i quali dovranno, in sostanza, verificare la rispondenza di una determinata valutazione ai criteri e alle regole che quel sapere esprime. / [78.6.] In sostanza, se la stessa

29 Non a caso ripresa, *pro parte*, da Cons. St., VI, 13 ottobre 2023, n. 8983.

norma di riferimento (nel caso di specie gli artt. 12 e 13 del Codice) risulta integrata dal sapere tecnico, un controllo giurisdizionale effettivo e reale non può che investire anche la verifica della corretta declinazione di quel sapere nella vicenda contenziosa, tenendo conto, altresì, delle peculiarità epistemologiche di questo sapere, ivi compresa l'opinabilità intrinseca delle stesse…. / [78.8.] La naturale opinabilità è, quindi, tratto necessario di questo sapere della quale il controllo giurisdizionale deve, comunque, tener conto non potendo pretendere né una verificabilità oggettiva tipica delle scienze esatte, né, all'opposto, una sostanziale rinuncia ad un controllo effettivo, imposto dalle previsioni di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione / [79.]… Allo stesso tempo, è necessario individuare strumenti di controllo adeguati alle caratteristiche epistemologiche di questo sapere, fatto – per mutare l'ossimorica espressione di un noto storico italiano – di un "*rigore elastico*", non misurabile mediante dati quantitativi ma, comunque, verificabile utilizzando strumenti rigorosi, pur nella loro necessaria duttilità. / 80. Tali strumenti si estraggono dalla stessa materia di cui è fatto tale sapere, consentendo, quindi, di fissare un limite oltre il quale la valutazione tecnica non risulterà più "*accettabile*" superando la logica di ogni plausibilità tecnica. Valutazioni tecniche come quelle in esame sono, infatti, essenzialmente incentrate su indici di congruità, legami e relazioni tra opere e contesti artistici o culturali, comprensioni filologiche delle opere, raffronti tra beni e vicende storiche e artistiche. Di questa stessa materia elastica e relazionale sono fatti gli strumenti di controllo che si individuano nella congruenza, proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza delle connessioni e delle valutazioni espresse»[30].

Come si vede, la sentenza indugia sull'integrazione tra regole giuridiche e discipline scientifiche e sui caratteri, per così dire, della opinabilità e della mobilità che connoterebbero le c. d. scienze non esatte, tra le quali rientrano, a pieno titolo, le discipline scientifiche di cui è chiamata a fare applicazione l'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali, mentre, invece, essa sembra glissare sull'estensione del sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica che in altre pronunce viene, invece, così solitamente puntualizzata: «[5.1.]…[s]ebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l'opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza del giudice amministrativo l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dettata dall'atto annullato, resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie sostanziale. Ciò accade nell'ipotesi in discussione, in cui il fatto presupposto del potere di apposizione del vincolo culturale - segnatamente, l'accertamento della sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'art. 10, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio - viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di "fatto

30 Applicando tale paradigma alla fattispecie concreta la sentenza giunge a questa conclusione: «[94.6.] [i]n definitiva, le porzioni del giudizio a sostegno della valutazione di interesse culturale sin qui esaminati risultano congrue e ragionevoli, nonché supportate da una ricostruzione storica e fattuale articolata e corroborata dal diffuso materiale utilizzato dal Ministero….».

storico" (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto "mediato" e "valutato" dalla pubblica amministrazione. In questi casi, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nello specifico contesto della tutela dei beni culturali, il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In queste ipotesi, in cui l'interesse legittimo non è altro che la proiezione sul versante soggettivo dei congegni limitativi e conformativi del potere che a tale interesse si oppone, la sentenza (il più delle volte) non si pone quale fonte diretta del "rapporto amministrativo" in sostituzione dell'atto amministrativo, semplicemente perché non può contenere l'accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita.

L'attività integrativa del precetto corrisponde qui ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare. L'intangibilità del nucleo "intimo" della decisione discrezionale consegue quindi alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività, sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo (in tal senso, va letto l'art. 31, comma 3, c.p.a.). / Ciò detto, è ben possibile per l'interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali "strumentali" e gli indici di eccesso di potere - contestare *ab intrinseco* la decisione pubblica, ma in tal caso deve accollarsi l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente del tutto inaccettabile. Fino a quando invece si fronteggiano soltanto "opinioni" divergenti, il giudice, per le ragioni anzidette, deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo statale appositamente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione "individuale" dell'interessato, ancorché avallata da esperti del settore»[31].

---

31 Cons. Stato, VI, 29 luglio 2019, n. 5316, ripresa da Cons. St., VI, 13 ottobre 2023, n. 8983. Analogamente, Cons. St., VI, 23 settembre 2022, n. 8167: «[è] ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. / Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato. / In quest'ultimo caso, non si tratta di garantire all'Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione. / 1.2– La dichiarazione dell'interesse culturale "accerta la

L'omissione segnalata non sembra, tuttavia, significare che la pronuncia in commento si sia voluta discostare dal richiamato orientamento, risultando da essa svolto un sindacato scrupoloso quanto esauriente sulla discrezionalità tecnica esercitata nel caso concreto, secondo lo schema tipico di questo genere di giudizi, connotati da una struttura binaria, nel senso che il giudice amministrativo si assume il compito di verificare l'attendibilità/inattendibilità della scelta tecnica operata dall'amministrazione ed una volta esclusa la sua inattendibilità, si ritiene «tenuto» a prediligere, tra più opzioni tutte epistemologicamente plausibili, quella prescelta dall'amministrazione, avendo la stessa, appunto, superato il vaglio dell'attendibilità[32].

---

sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto" dell'"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante", combinato disposto degli articoli 10, comma 3, lettera a), e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. La nozione di bene culturale è un concetto giuridico indeterminato, per la cui definizione l'ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri: viene stabilito che bene culturale deve essere una "testimonianza" materiale "avente valore di civiltà", rivestire un "particolare" o "eccezionale" interesse culturale tale da giustificarne il vincolo ed avere una certa vetustà. / Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L'esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell'arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico». *Adde*, Cons. St., VI, 09 maggio 2023, n. 4686. Indirizzo in tutto analogo si registra in materia paesaggistica, cfr.: Cons. St., VI, 05 dicembre 2022, n. 10624; Cons. St., VII, 05 luglio 2023, n. 6578.

32 Al di là del diverso modo di esprimersi, anche nelle materie in cui le discipline scientifiche chiamate ad «integrare» le regole giuridiche appartengano alle c. d. scienze dure, il modo di procedere del giudice amministrativo sembra rimanere confinato sempre entro lo schema binario di cui si è detto. In materia ambientale, cfr., per esempio, Cons. St., IV, 30 maggio 2022, n. 4355, dove si può leggere: «[l]a giurisprudenza di questa Sezione è costante nell'affermare che "nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verificazione *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti» (Cons. Stato, sez. IV,14 marzo 2022, n. 1761). / Il sindacato giudiziale, al fine di assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, è consentito soltanto quando risulti violato il principio di ragionevolezza. / Nella fattispecie in esame, l'appellante non ha dedotto alcun elemento idoneo a dimostrare tale violazione, in quanto la censura prospettata è una censura di merito finalizzata a contestare una scelta tecnica che può essere opinabile ma non irragionevole». In materia di appalti pubblici, cfr. T. A. R. Puglia, Bari, I, 15 dicembre 2023, n. 1444: «5. [s]econdo un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa condiviso anche da questo Tribunale, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota l'interpretazione e l'applicazione di scienze non esatte, non venga considerata erronea sul piano della tecnica (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15.3.2022 n. 797; *idem*, sez. V, 14.5.2018, n. 2853; *idem*, 31.3.2016, n. 1270). / Il giudizio della Commissione sfugge, quindi, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in

Inutile dire, peraltro, che sulla profondità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica sono stati versati – per continuare ad usare un'espressione ormai sicuramente anacronistica – fiumi di inchiostro[33]. Si può chiudere, allora, richiamando la posizione di un'autorevole dottrina la quale, non scorgendo reali ostacoli ad un accertamento pieno e completo del fatto da parte del giudice amministrativo, esclude persino che questo giudice debba rimanere vincolato alla scelta (tecnica) dell'amministrazione, per quanto attendibile: «[s]i giunge, così, al cuore del problema e cioè alla temuta possibilità della sostituzione del giudice all'amministrazione, questione da sempre dibattuta e che involge il tema della separazione dei poteri. Occorre tuttavia segnalare che spesso l'opinabilità lungi dall'essere verificata in relazione al singolo caso concreto, venga invocata dalla giurisprudenza come pregiudiziale barriera, come limite insuperabile, sul cui uscio il sindacato giurisdizionale si doveva arrestare. Approccio che si deve fermamente contestare in ragione del fatto che il giudice ha la possibilità, nel giudizio, di operare quel confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale consulenza tecnica d'ufficio, o da lui stesso elaborate in relazione a ciascun specifico aspetto della questione. Ciò gli consente di ricostruire completamente ed autonomamente i fatti e di esprimersi verificando che la tesi posta a base della decisione dell'autorità sia appunto non solo convincente ma accertando che essa risulti "la più convincente tra quelle presenti in giudizio"»; e ancora: «[r]esta infine da ribadire che la piena scrutinabilità delle valutazioni tecniche opinabili alla luce della tesi maggiormente attendibile emergente in giudizio e la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio (con l'ausilio dei tecnici di parte), sulla tesi elaborata dall'amministrazione, e portata in giudizio come tesi di una delle parti processuali,

---

rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. / Nel controllo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282; *idem*, Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153; *idem*, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269; *idem*, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5258; *idem*, sez III, 7 marzo 2014, n. 1072; *idem*, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013)». In materia di *antitrust*, v., infine, Cons. St., VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

33 È sufficiente rinviare, anche per la mastodontica letteratura in argomento, a: L. DEL CORONA, *La pubblica Amministrazione e le valutazioni tecnico-scientifiche nel quadro dei principi costituzionali*, in *PA Persona e Amministrazione on line*, vol. XII, fasc. n. 1/2023, 205 seg.; M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *www.federalismi.it* 5 giugno 2023, 206 seg.;. F. G. SCOCA-G. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in *www.federalismi.it* 6 settembre 23, 224 seg., che, peraltro, prende spunto da Cons. St., VI, 23 settembre 2022, n. 8167, cit., in materia di beni culturali.

non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato effettivo che il giudice amministrativo deve condurre affinché esso possa essere considerato rispettoso dei principi costituzionali»[34]..

34 SCOCA-LAMBERTI, *Valutazioni cit.*, 232, 233, 244. Peraltro, a sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale «[s]i potrebbe in altre parole sostenere che nei casi in cui residui un margine all'interno del quale si possano collocare soluzioni applicative diverse, tutte – allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche – ugualmente corrette dal punto di vista tecnico, la scelta tra tali soluzioni sia riservata alla autorità amministrativa, senza possibilità di sostituzione da parte dell'autorità giudiziaria, perché da elaborarsi nell'ambito di un procedimento appositamente pensato dal legislatore per garantire massima tutela ai diritti coinvolti e il miglior espletamento della valutazione…. / Assumendo il procedimento come elemento di legittimazione della competenza amministrativa, la ragione di fondo della esclusività di tale competenza sarebbe da ravvisarsi, piuttosto che nei particolari interessi pubblici di cui l'autorità amministrativa è portatrice, nella irrepetibilità dinnanzi al giudice del procedimento tramite cui, in base a previsioni legislative, la valutazione deve svolgersi» (DEL CORONA, *La pubblica cit.*, 234, 235). Non andrebbe, forse, neppure sottovalutato il fatto che le valutazioni tecniche possono essere rimesse sia ad organismi amministrativi tecnici stabili, con una *expertise* e un abito mentale radicati e tramandati nel tempo, e molti dei quali, tra l'altro, persino dalle origini secolari (basti pensare alle stesse soprintendenze, sulle quali v., ora, M. LUNARDELLI, *Le Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2022, fasc. n. 4, 1115 seg.), sia ad organismi amministrativi tecnici straordinari, con componenti incaricati mediante procedure di vario genere (si pensi solo alle molte commissioni per le procedure concorsuali, abilitative, ecc.), e pertanto transeunti, per dedurne che i giudizi tecnici espressi dagli organismi del primo tipo andrebbero guardati con maggiore deferenza che non quelli espressi dagli organismi del secondo tipo, se non altro per la continuità di operato che la loro istituzione, come notato anche risalente molto indietro nel tempo, assicura, a differenza dei giudizi espressi dai secondi, inadatti a produrre «esperienza propria dell'istituzione» nella misura in cui i componenti dell'organismo saranno destinati a cessare dall'incarico, una volta che lo abbiano espletato (sulle tesi definite dell'insindacabilità soggettiva, v. SCOCA-LAMBERTI, *Valutazioni cit.*, 229 nt. 10).

SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)

COLLABORAZIONE COORDINATA E OBBLIGO DI SICUREZZA DEL COMMITTENTE

Fabrizio Ferraro *

Abstract [It]: Il saggio analizza le criticità della disciplina della salute e sicurezza applicabile ai collaboratori coordinati e continuativi (art. 409 n. 3, c.p.c.). L'Autore, dapprima, propone una lettura estensiva dell'art. 2087 c.c. Poi, esamina, anche alla luce della ampia nozione di lavoratore dell'art. 2 comma 1 lett a, le norme del d.lgs. 81 del 2008 applicabili ai collaboratori coordinati, rilevando profili di incostituzionalità della disciplina. L'A. propone altresì una riflessione sul fondamento del potere organizzativo del committente e sulla funzionalizzazione delle reazioni di tipo sanzionatorio in materia di sicurezza. Infine, sono oggetto di esame la disciplina dei *riders* che lavorano tramite piattaforma digitale e quella, ancora più recente, applicabile ai lavoratori sportivi.

Abstract [En]: *The essay analyses the critical issues of the health and safety regulatory framework applicable to "coordinated and continuous self-employed workers" (Article 409 n. 3 of the Code of Civil Procedure). Firstly, the author promotes an extensive interpretation of Article 2087 of the Civil Code. Then, he examines the rules of Legislative Decree 81 of 2008 applicable to "coordinated self-employed workers" in the light of the narrow notion of worker pursuant to Art. 2 paragraph 1 letter a, pointing out constitutional issues. The author also comments upon the basis of the organisational and "disciplinary" power of the employer in matters of safety. Finally, he examines the legal framework of work via platforms in the delivery sector and the recent legal discipline regarding the labour contracts of sportsmen and sportswomen.*

SOMMARIO: 1. Collaborazione coordinata, sicurezza e organizzazione. – **2.** Obbligazione di sicurezza *ex* art. 2087 c.c. e lavoro coordinato. – **3.** *Segue*. La collaborazione coordinata come fattispecie di confine del lavoro (autonomo) nell'organizzazione. – **4.** La disciplina specialistica. Il problema della disparità di trattamento tra collaboratori "interni" ed "esterni". – **5.** *Segue*. La possibile incostituzionalità della disciplina. – **6.** Il difficile adattamento della disciplina specialistica ai collaboratori interni. **7.** La questione del "potere" del committente in materia di sicurezza. – **8.** *Segue*. Le reazioni agli inadempimenti. – **9.** Organizzazioni di collaboratori coordinati e sicurezza. I *riders*. – **10.** *Segue*. Gli sportivi.

1. Collaborazione coordinata, sicurezza e organizzazione.

La disciplina della salute e della sicurezza dei collaboratori coordinati e continuativi ha molte anime[1]. L'analisi normativa, dall'angolazione particolare dell'insieme non categoriale del lavoro autonomo, consente di smascherare le fragilità di un sistema di tutele in via di principio universalistico, perché riguarda tutti i rischi e (quasi) tutti i lavoratori (art. 2, comma 1, lett. a e b, d.lgs. 81/2008), ma è invero basato su una distribuzione di protezioni a favore di diverse e specifiche fattispecie contrattuali (v. oltre). L'attitudine universalistica della disciplina, intimamente condizionata dall'obiettivo di tutela del bene primario della salute della persona (art. 32 Cost.), e l'idea, che sta lentamente penetrando nelle decisioni della giurisprudenza, di estendere l'ambito applicativo dell'art. 2087 c.c. non determinano il superamento dei molti limiti operativi di una legislazione specialistica che, quando seleziona tra i destinatari della generalità delle protezioni i collaboratori coordinati e continuativi che operano nei luoghi del committente (art. 3 comma 7, d.lgs. 81 del 2008), non sembra fare i conti, a valle di questa previsione, con le profonde distonie, di ordine sistematico e applicativo, che una simile scelta implica.

Se questa è la prospettiva dell'indagine, non si può evitare di chiarire, in premessa, cosa si intenda per collaborazione coordinata, nella consapevolezza che una certa interpretazione dell'art. 409 n. 3 c.p.c. possa influenzare l'applicazione delle disposizioni e fondare meglio la critica a un sistema di tutela per alcuni versi irragionevole.

L'idea secondo la quale l'art. 409 n. 3 c.p.c. rappresenta un ideale punto normativo di contatto tra lavoro autonomo e organizzazione è in qualche misura esemplificata da quelle singole norme o anche intere discipline nelle quali di tale compenetrazione tra persona e organizzazione si dà ampiamente conto, con soluzioni regolative che presuppongono un coinvolgimento della persona per alcuni versi simile a quello che caratterizza il lavoro subordinato. Ciò, in quanto l'obbligazione di collaborare, prestando lavoro autonomo personalmente, continuativamente e coordinatamente, realizza un inserimento funzionale della persona nel progetto produttivo radicalmente diverso dal mero inserimento statico del singolo *opus* o della sequenza di *opera* (come accade, tipicamente, nel contratto d'opera *ex* art. 2222 c.c., caratterizzato da un adempimento istantaneo)[2].

---

1 * *Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università Sapienza di Roma.*

Il tema non è nuovo ma più di rado è stato indagato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 81 del 2008. Cfr. T. Vettor, Lavoro autonomo e ambiente di lavoro, in Dir. rel. ind., 1999, n. 2, pp. 262 ss.; V. Pasquarella, L'art. 2087 cod. civ. e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: un connubio impossibile o difficile?, in Riv. giur. lav., 2002 pp. 489 ss.; M. Lai, Sicurezza del lavoro e rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, in Riv. giur. lav., 2003, pp. 307 ss.

2 La personalità nella norma processuale è, potenzialmente, prevalente e non solo esclusiva; ma la prestazione di attività resta riferibile al soggetto che lavora, in quanto è dal coinvolgimento della persona nell'organizzazione che si deduce una infungibile personale. La continuatività indica non solo che il rapporto è di durata, ma che la prestazione soddisfa, mentre si esegue, interessi durevoli. Il coordinamento, inteso quale facoltà e onere del committente concepibile se la prestazione sia durevole, contribuisce, entro i limiti oggi esplicitati dall'art. 409 n. 3 c.p.c., all'organizzazione del lavoro, poiché consente l'adattamento in senso specificativo delle modalità

Di riflesso, questo modo di concepire la collaborazione coordinata emancipa la fattispecie dall'idea di un contenitore amorfo in funzione solo processuale e mette nuovamente al centro la persona che lavora nell'organizzazione. Ciò corrobora l'impostazione, già diffusamente – ma ancora non organicamente – seguita dal legislatore, che vede nel rapporto dell'art. 409 n. 3 c.p.c. un cruciale centro di attrazione di discipline sostanziali e tutele riferibile a quella debolezza contrattuale che dipende non dalle condizioni economiche ma da un particolare atteggiarsi del rapporto, funzionale a dare forma, in concorso con la subordinazione e diversamente da essa, all'organizzazione di persone. Particolarmente significativa, a tal proposito, è la materia della sicurezza sul lavoro, immancabile "strato" della tutela di ogni forma di attività personale nell'organizzazione altrui (e propria), che nell'art. 32 Cost. trova la propria ragione fondativa[3] e negli artt. 3, 4, 35, 36 e 41 Cost. la propria piena garanzia.

L'indagine intorno alla tutela della salute e della sicurezza dei collaboratori coordinati e continuativi si snoda attraverso due, principali, passaggi argomentativi, che corrispondono a due differenti aree della tutela e tecniche protettive. Da una parte, e in premessa, occorre domandarsi ancora se la norma di chiusura dell'art. 2087 c.c. sia "estensibile" a favore dei lavoratori non subordinati o di alcuni di essi (e secondo quale criterio). D'altra parte, occorre verificare quali siano le "distonie" sopra rilevate, allorché, una volta spiegata la *ratio* della indicazione del legislatore circa l'applicabilità generalizzata della disciplina del d.lgs. 81 del 2008 ai collaboratori "interni", si voglia tentare di comprendere due aspetti critici. Dapprima, occorre verificare se l'esclusione dei collaboratori esterni sia giustificabile sotto la luce delle norme costituzionali richiamate; poi, si deve tentare di capire come i tasselli della legislazione specialistica possano adattarsi a un modello di lavoro che è sì *nell'organizzazione* del committente, ma presenta un particolare equilibrio paritario tra attività esecutiva e inserimento organizzativo proiettato oggi nella, ancora ambigua, definizione dell'art. 409 n. 3 c.p.c. (cfr. art. 15, comma 1, lett. a, l. 81 del 2017).

Il perno della riflessione continua a essere costituito dal concetto di "organizzazione"[4]. Una volta riscontrata la sussistenza dell'interesse organizzativo nel cuore della fattispecie dell'art. 409 n. 3 c.p.c. (v. *supra*) e una volta concepita l'organizzazione stessa come "processo

---

estrinseche già concordate. La collaborazione, elemento spesso trascurato ma presente nella nozione dell'art. 409 n. 3 c.p.c., sintetizza la condizione di dedizione funzionale all'organizzazione che rispecchia il modo in cui le clausole generali integrano l'obbligo di prestazione, delineando obblighi di fedeltà e non concorrenza disegnati dalla buona fede (App. Roma 9 luglio 2021, n. 2812; Cass. 21 marzo 2013, n. 7141) e una diligenza orientata non solo dalla natura della prestazione, ma anche dagli interessi dell'organizzazione del committente. Sia consentito un generico rinvio, per tutti questi aspetti, a F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 75 ss. e 479 ss.

3 Si legga, sul sistema della sicurezza del lavoro, P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act,* Aras, Fano, 2017; si legga anche P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087,* in P. SCHLESINGER (fondato da), D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008; e L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986.

4 Cfr. C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso*, cit., pp. 33 ss.; e cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2015.

organizzativo" sganciato dalla materialità del contesto produttivo, si evidenzia la difficoltà di giustificare sul piano della corretta distribuzione delle tutele relative a un diritto costituzionale "a distribuzione indifferenziata", la marchiana distanza tra collaboratori esterni ed interni; ne segue anche la possibilità di fondare su basi più sicure il discorso sul campo di applicazione dell'art. 2087 c.c., norma nel cui ambito si evidenzia un collegamento strutturale tra persona e organizzazione che non può ignorare la posizione di collaboratori coordinati (interni o esterni che siano).

La riflessione proposta, come si capirà meglio dal seguito della trattazione, può contribuire a spiegare, almeno in parte, le storiche difficoltà della materia in questione di predisporre una tutela effettiva a fronte di prestazioni di lavoro, sia pure subordinato, eseguite all'esterno dei locali nella disponibilità del principale obbligato, ovverosia del datore di lavoro *ex* art. 2, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008. Si tratta di situazioni nelle quali pure può essere ragionevole valorizzare, entro determinati limiti, la capacità delle persone di tutelare sé stesse [5].

2. Obbligazione di sicurezza *ex* art. 2087 c.c. e lavoro coordinato.

La relazione tra art. 2087 c.c. e lavoro autonomo è stata definita, eloquentemente, come una relazione «complicata» [6]. L'art. 2087 c.c. nasceva, nella mente dei redattori del codice, quale obbligo collegato alla posizione contrattuale del datore di lavoro subordinato[7].

Tale convincimento si è perpetuato senza adeguarsi al profondo mutamento dei contesti produttivi e nonostante la nozione di lavoratore in campo prevenzionistico, già prima del d.lgs. n. 81/2008, fosse ampia (art. 2, d.lgs. 626 del 1994) e sia stata, poi, progressivamente dilatata proprio allo scopo di estendere l'ambito della tutela in materia di sicurezza [8]. Questa

---

5 Cfr. art. 20, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 81/2008; art. 22, comma 2, l. n. 81/2017; e in tema C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità*, in *Dir. sic. lav*., 2022, n. 1, pp. 1 ss.; e M. TIRABOSCHI, *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Dir. sic. lav*., 2022, n. 1, pp. 150 ss. in particolare; cfr. anche M. D'ONGHIA, *Remotizzazione del lavoro, relazioni sindacali e tutela della salute dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Mer.*, 2021, n. 11, p. 252.

6 A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro, prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*, Aras, Fano, 2021, pp. 61 ss. Cfr. già M. LAI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 307 ss., la cui disamina è particolarmente utile per comprendere lo stato diruto della legislazione in materia di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore coordinato prima del d.lgs. n. 81/2008; cfr. in tema anche M. BIAGI-M. TIRABOSCHI, *Lavoro atipico: profili qualificatori e intensità dell'obbligo di sicurezza*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, pp. 59 ss.

7 Questa opinione tradizionale è ancora sostenuta da una parte della dottrina. Cfr. R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 75; A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro: tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Roma, 2007, pp. 64-65; E. GRAGNOLI, *La tutela della persona e delle condizioni di lavoro del prestatore di opere (art. 2087 c.c.)*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2010, p. 30. La giurisprudenza è storicamente restia a riconoscere un ampliamento del campo di applicazione della norma: cfr. Trib. Milano 21 marzo 2009, n. 3885, in *Guida dir.*, 2009, p. 61; Cass. 21 marzo 2013, n. 7128, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

8 Ad esempio, prescindendo dalla retribuzione (cfr. già C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 35-36) o svalutando il requisito della soggezione ad indicazioni e direttive (cfr.

tradizionale convinzione è argomentata sulla base di un presupposto ricostruttivo che è anche un giudizio "qualificatorio", nel senso che ogni inserimento organizzativo finisca per rivelare la subordinazione.

Altra parte della dottrina, percependo l'inadeguatezza, rispetto al contenuto universale dei beni giuridici tutelati, della esclusione dal campo di applicazione della norma del Codice dell'area del lavoro autonomo nell'organizzazione, aveva elaborato numerose argomentazioni dirette a estendere, a favore dei lavoratori autonomi o di alcuni di essi, l'applicazione dell'art. 2087 c.c.[9]. Tale diversa convinzione si fonda tanto su dati letterali, quanto su dati sistematici. Ha rilievo la collocazione della norma nel Titolo V del Codice civile, all'interno del Capo I, tra le norme dedicate, più in generale, all'impresa come organizzazione e prima di quelle dedicate al lavoro subordinato. Ciò collega in un nesso strettissimo obbligo di sicurezza e attività produttiva, in coerenza con il principio dell'art. 41, comma 2, Cost. ai sensi del quale l'impresa non può svolgersi in contrasto con la salute, la sicurezza e la dignità umana. Ma consente anche di argomentare sulla natura ricognitiva del primo comma dell'art. 2086 c.c., che non prescrive la corrispondenza tra gerarchia, organizzazione e lavoro subordinato, ben potendosi immaginare prestazioni di lavoro coordinato costitutive di una organizzazione di lavoro e, al contempo, lavoratori coordinati preposti al coordinamento di altri lavoratori o capaci di rivestire "posizioni organizzative" in materia di sicurezza[10].

Sul piano della lettera della legge, l'art. 2087 c.c. presenta una formulazione generica e compatibile con una lettura non limitata alla subordinazione. Si pensi alla rubrica, dedicata alla "tutela delle condizioni di lavoro". Si ragioni sul riferimento a «prestatori di lavoro» o alla dizione, altrettanto ampia, di «esercizio dell'impresa».

La genericità di queste espressioni è funzionale a garantire l'ancoraggio sostanziale della tutela a un rapporto di collaborazione caratterizzato da un inserimento nell'organizzazione[11] e non a uno o all'altro contratto[12]. Ciò nulla toglie all'idea di una obbligazione che si innesta

---

Cass. pen. 8 aprile 2008, n. 25268). Sul punto, cfr. M. LEPORE-G. PROIA, voce *Sicurezza e salute dei lavoratori*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1996, pp. 1 ss.

9 Alcune aperture già in C. SMURAGLIA, *op. cit.*, pp. 34-35 e L. RIVA SANSEVERINO, *Il Lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, XI, 1, Utet, Torino, 1973, p. 525. Più recentemente cfr. G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, pp. 7 ss.; F. SANTONI, *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 225; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. Sospensione del lavoro. Sciopero. Riservatezza e segreto. Potere disciplinare. Cessazione del rapporto. Conservazione e gestione dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 39; A. LASSANDARI, *op. cit.*, pp. 66-65; P. ALBI, *Adempimento*, cit., pp. 208-211; P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007: prime osservazioni sul Titolo 1. del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Quad. olymp.*, n. 1, 2008, p. 52; P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: l'ambito applicativo della nuova disciplina (art. 3, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81)*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2010, pp. 122-123. Cass. pen. 26 marzo 2004, n. 14875, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 6.

10 Cfr. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa. Art. 2086*, in P. SCHLESINGER (fondato da), D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2012, pp. 3 ss., ivi p. 38.

11 U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Civile*, VI, 3, Vallardi, Roma, 1971, p. 149.

12 Cfr. C. LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 219.

nel contratto di lavoro, innanzitutto quello subordinato[13]; questa tecnica di analisi della norma conduce semmai a domandarsi quali *altri lavoratori* potrebbero di tale etero-integrazione giovarsi. Si potrebbe poi richiamare l'osservazione della attenta dottrina che, anche a prescindere dalla lettera della legge o dalla collocazione sistematica della disposizione nel disegno del Libro V, fonda la lettura estensiva sulla intensità e sull'ampiezza del «valore costituzionale che essa mira a presidiare»[14]. Osservazione questa che sposa la rivalutazione dell'art. 35 Cost., in combinato con gli art. 3 e 32 Cost., come un motore di continua rivitalizzazione del sistema di protezione[15], anche al fine di individuare un nucleo sempre più ampio di tutele trans-tipiche.

L'ampiezza dello spazio di protezione, con il superamento del fulcro della subordinazione, è comunque comprovata anche dall'art. 3, lett. a, della Dir. n. 89/391 CEE, dove la tutela generalizzata è rivolta a qualsiasi tipologia di rapporto di lavoro e, quindi, anche al lavoro coordinato [16]. È poi esercizio di coerenza sistematica l'osservazione in ordine alla profonda illogicità di un sistema la cui norma di chiusura non contempli creditori di sicurezza già destinatari della generalità delle misure tipiche, come i collaboratori coordinati e continuativi "interni" (v. *infra*)[17]. Ciò, anche alla luce della compenetrazione, piuttosto esplicita, tra l'anima prevenzionistica dell'art. 2087 c.c. e la nozione di prevenzione nell'art. 2, comma 1, lett. n, d.lgs. 81 del 2008.

Il dato testuale, riletto al lume degli artt. 32 e 35 Cost., sembra allora strutturare obblighi di protezione e cura che, se è vero che prescindono dal riferimento alla tipologia delle relazioni negoziali [18], è parimenti vero che ancora presuppongono un inserimento organizzativo che non riguarda solamente la subordinazione, ma pure il lavoro coordinato dell'art. 409 n. 3 c.p.c.[19].

---

13 E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 29.

14 P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo, delle nuove regole sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2008, n. 2, p. 317.

15 G. SANTORO-PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 2, par. 7.

16 Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., pp. 35-36. In realtà il diritto comunitario ha dedicato larga attenzione alla tutela della sicurezza nel lavoro autonomo, si veda in proposito la raccomandazione n. 134 del 2003, la dir. 92/57/CEE in materia di cantieri temporanei o mobili o la dir. 2002/15/CEE in tema di orario di lavoro degli autotrasportatori.

17 Del resto la giurisprudenza che ha negato in passato l'estensione dell'art. 2087 c.c. oltre i confini della subordinazione (Cass. civ., Sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128) ha fatto leva proprio sulla coerenza tra disciplina generale e speciale sotto il vigore del d.lgs. 626 del 1994. Oggi, tale assunto andrebbe rimeditato, in considerazione del mutato assetto legislativo.

18 In vario modo G. NATULLO, *La tutela*, cit., p. 8; F. SANTONI, *La tutela della salute*, cit., p. 225; P. ICHINO, *op. cit.*, p. 39; M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 8-9; A. LASSANDARI, *op. cit.*, pp. 66-67. Cfr. anche App. Milano, Sez. Lav., 3 ottobre 2019, n. 1219.

19 Del resto, osserva P. ALBI, *Adempimento*, cit., 209, la disciplina specialistica finisce per riflettersi su quella generale, tenendo pure in considerazione la personalità della prestazione e «la prossimità […] al vincolo di subordinazione». Si potrebbero allora recuperare e attualizzare i ragionamenti della Corte costituzionale in materia (Corte Cost. 25 novembre 1987, n. 479, in *Giur. it.*, 1988, p. 1660; Corte Cost. 14 marzo 1964, n. 21) per affermare

La norma di chiusura dell'art. 2087 c.c. è, del resto, sufficientemente elastica da accogliere diversi modelli contrattuali e adattare l'intensità della protezione al grado della cooperazione esigibile che, nel caso del lavoro caratterizzato da autonomia esecutiva (anche se coordinato), sarà normalmente maggiore.

3. *Segue*. La collaborazione coordinata come fattispecie di confine del lavoro (autonomo) nell'organizzazione.

Si dovrebbe, in coerenza con l'assunto proposto, chiedersi se sia lecito porre un altro confine, quello dell'art. 409 n. 3 c.p.c., all'applicazione dell'art. 2087 c.c., in quanto fattispecie-limite del lavoro (subordinato o autonomo) "per altri"[20] o, meglio, nell'organizzazione altrui. Del resto, quando la giurisprudenza si è chiesta se potesse estendersi il campo di applicazione di quella disposizione generale oltre la subordinazione, ha principalmente indagato il problema dalla prospettiva della collaborazione coordinata[21]. Ciò, ravvedendo nei suoi elementi caratteristici (personalità, continuatività, coordinamento) i riferimenti (empirici e) giuridici per giustificare l'integrazione nel contratto di un'obbligazione assai penetrante e che opera sul presupposto della sussistenza di un duraturo legame di interessi tra persona e organizzazione. In altre parole, risalendo alle ragioni prime e persistenti della norma del Codice civile, l'imprenditore tutela con la massima intensità e secondo i criteri ivi definiti (esperienza, particolarità del lavoro, tecnica) l'integrità psicofisica dei prestatori di lavoro che *collaborano* nell'organizzazione. Gli stessi criteri di identificazione delle misure atipiche dovute, tendenti alla massima sicurezza, presuppongono una più rigorosa funzionalizzazione della prestazione personale o, se si vuole, un suo pieno inserimento.

Ebbene, la collaborazione, sul quale mi sono già brevemente soffermato, è concetto presente sia nell'art. 2094 c.c., sia nell'art. 409 n. 3 c.p.c. e, anche per questo motivo, può contribuire a sintetizzare le diverse ampiezza e intensità dei risultati obbligatori promessi, ferme le differenze sotto il profilo qualitativo tra i due assetti di interessi. Il primo assetto, quello della subordinazione, è caratterizzato innanzitutto, ma non solo, dall'esercizio di potere direttivo (art. 2094 e 2104 c.c.). Il secondo è caratterizzato da una facoltà specificativa che, nel rispetto dell'autonomia esecutiva del prestatore, investe esclusivamente le «modalità di coordinamento» già «stabilite di comune accordo». Il concetto di collaborazione, come si chiarirà meglio oltre, può assorbire la necessità di esercizio di un potere innestato perentoriamente nel contratto, ma funzionalizzato alla sicurezza (v. *infra*).

Se si ammette che così possa configurarsi la collaborazione coordinata dell'art. 409 n. 3 c.p.c., sembra ragionevole ancora escludere dal campo di applicazione dell'art. 2087 c.c. i lavoratori continuativi non coordinati – quelli ai quali si applicano comunque alcune tutele

che, date le premesse, l'art. 2087 c.c. non può che essere riferito a ogni prestatore di lavoro che patisce il rischio di una lesione della salute *in quanto* inserito nell'organizzazione.

20 Prendo in prestito il concetto, proposto con altre intenzioni e con finalità inclusive, da A. PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *Lav. Dir*., 2015, pp. 259 ss., ivi p. 281.

21 Cass. civ., Sez. Lav., 16 luglio 2001, n. 9614.

previste dalla l. 81 del 2017 – e i prestatori che compiono l'opera o il servizio sul modello dell'art. 2222 c.c. In tali casi sembrerebbe venire meno il presupposto dell'obbligo generale di protezione, ovverosia il legame stretto – e di certo non necessariamente fisico, come sembra indicare l'art. 3 comma 7, d.lgs. 81 del 2008 – tra persona e organizzazione (altrui)[22]; restano fermi gli obblighi che, alla luce della clausola di buona fede e correttezza, possono ancora, in relazione al particolare atteggiarsi del rapporto giuridico, porsi in capo al committente o, in generale, al contraente o al proprietario – ma senza la ricchezza di garanzie che l'art. 2087 c.c. può offrire in ragione della peculiare elasticità e ampiezza dell'obbligazione[23] – e gli obblighi di "auto-tutela" che, in forza della disciplina specialistica, sono posti comunque in capo al prestatore medesimo in quanto (e se) *gestor in rem suam* (v. *infra*). Ma si tratta, appunto, di forme di garanzia esterne rispetto all'area dell'art. 2087 c.c., tanto più che l'auto-organizzazione del lavoro – a mio avviso non da intendere come semplice autonomia esecutiva, ma gestione della propria personale organizzazione – non tollera il potere di intervento altrui, funzionalmente necessario all'adempimento dell'obbligazione di sicurezza messa a fuoco dall'articolo citato.

4. La disciplina specialistica. Il problema della disparità di trattamento tra collaboratori "interni" ed "esterni".

Pone meno problemi di individuazione del campo di applicazione la disciplina offerta dal d.lgs. 81/2008, in quanto, per ragioni legate al principio di tassatività che presiede alla materia penale[24], sono in quel decreto indicati perentoriamente agenti contrattuali vincolati e comportamenti sanzionati. Ad ogni modo, l'ampiezza delle norme definitorie, la varietà di soluzioni regolative non sempre equilibrate nella perimetrazione interna del campo di

22 Aveva del resto un certo peso nei giudizi di una parte della dottrina, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 81, la distinzione tra contratto d'opera *ex* art. 2222 c.c. e collaborazione coordinata, proprio al fine di sottolineare come l'esclusione del primo non dovesse implicare automaticamente l'espunzione della seconda. Cfr. M. LAI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 316-317. Può comprovare questa impostazione anche l'espunzione dell'amministratore di società dal novero dei collaboratori coordinati *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. (Cass., sez. un., 20 gennaio 2017, n. 1545) con una motivazione criticabile per come è espressa, ma che lascia bene intendere la rilevanza organizzativa del coordinamento.

23 Cfr., solo in parte condivisibile, App. Milano, Sez. Lav., 3 ottobre 2019, n. 1219; e, con affermazione più netta circa il fatto che il contenuto di quegli obblighi a carico dei committenti deve trarsi anche dalle disposizioni generali e speciali applicabili ai lavoratori subordinati, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2010, n. 42465; in tal senso si legga anche Cass. pen., Sez. IV, 14 maggio 2015, n. 35534. Parz. c*ontra*, P. ALBI, *Adempimento*, cit., p. 210, nel senso che anche nel caso del lavoro autonomo puro dell'art. 2222 c.c. l'articolo 2087 opererebbe come "mezzo di integrazione", ai sensi dell'articolo 1374 del codice civile, «facendo sorgere in capo al lavoratore autonomo gli obblighi previsti dal d.lgs. 81/2008»; affermazione questa che, però, rischia, da una parte, di dilatare l'ambito della norma codicistica oltre il confine dell'organizzazione di lavoro o anche dei rapporti di lavoro e, per altro verso, di svuotare il senso dell'etero-integrazione dell'art. 2087 c.c., atteso che, se bene si intende, le misure tipiche costituirebbero il limite di individuazione delle misure atipiche.

24 Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro,* in WP, 2008, n. 73 e, di nuovo, P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020,* in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, p. 117 ss.

applicazione e le incertezze sullo spazio giuridico della nozione di collaborazione coordinata dell'art. 409 n. 3 c.p.c. suggeriscono l'opportunità di alcuni chiarimenti di ordine interpretativo e applicativo.

L'evoluzione in senso estensivo della disciplina specialistica è stata consacrata dalla definizione di stampo universalistico di lavoratore contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008[25]. La nozione di lavoratore non presuppone il vincolo di subordinazione[26] e si basa esclusivamente sull'inserimento *di fatto* nell'organizzazione lavorativa[27]. Ciò, aiuta a comprendere le ragioni di statuizioni normative culturalmente stravolgenti rispetto alla prospettiva contrattualistica sulla cui base (è nato e) si è evoluto il diritto del lavoro; si pensi all'inciso «indipendentemente dalla tipologia lavorativa» nella definizione generale di lavoratore dell'art. 2, comma 1, lett. a, nozione che è atta a includere «tutti i soggetti che il datore di lavoro coinvolge funzionalmente nel proprio ambito organizzativo»[28]. Si ragioni altresì sull'art. 299, d.lgs. n. 81/2008, norma emblematica di un approccio votato a cogliere nella realtà dell'organizzazione poteri e responsabilità, di talché prevale una visione della sicurezza di tipo organizzativo e una osservazione dell'organizzazione come "processo".

Occorre da subito chiarire che a una definizione di lavoratore (quasi) onnicomprensiva fa da contraltare una graduazione delle tutele commisurata, ancora una volta, alla tipologia del rapporto di lavoro[29]. Nell'area del lavoro autonomo tale graduazione pone specifici problemi che meritano un attento esame proprio in riferimento alla posizione dei collaboratori coordinati.

A monte dell'analisi delle norme occorre dire che la nozione, facendo riferimento a un rapporto di collaborazione attraverso indici volti a cogliere nella realtà gli elementi della fattispecie, mal si presta a circoscrivere campi di applicazione ben definiti e a cui si ricollegano adempimenti con rilevanza pubblicistica. Si deve ritenere, ad ogni buon conto, che non ricadono nel campo di applicazione delle norme del d.lgs. 81 (ma lo stesso si può dire per il d.lgs. 104) solamente i rapporti giuridici costituiti da contratti *nominati* come contratti di collaborazione coordinata, bensì ogni relazione giuridica che, per come il rapporto si configura, soddisfi i requisiti della fattispecie dell'art. 409 n. 3 c.p.c. Si tratta di una

---

25 In attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. c, l. n. 123/2007). C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute e della sicurezza nel lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro, Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007)*, Ministero della salute-Ispesl, 2007, pp. 43 ss.

26 Cfr. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 122 e ss.; PASCUCCI P., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *Work. Pap. Olympus*, n. 1, 2011, p. 8.

27 Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., pp. 36-37; C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione? Prime osservazioni dal punto di vista dell'obbligo datoriale di sicurezza*, in *Work. Pap. Olympus*, 16, 2012, pp. 7-8.

28 P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo*, cit., pp. 298 ss., ivi p. 300.

29 C. TIMELLINI, *Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 45 e O. BONARDI, *Commento* sub *art. 3*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, I, Zanichelli, Roma, 2011, p. 64.

precisazione utile atteso il numero notevole di rapporti di collaborazione coordinata celati da contratti d'opera o d'opera intellettuale o di mandato (come si usa, impropriamente, dire "a partita iva), con l'effetto di sfuggire alle poche, ma non irrilevanti, tutele del lavoro coordinato. In merito ai contenuti della disciplina, l'art. 3, comma 7, stabilisce che l'integrale applicazione della disciplina del d.lgs. n. 81/2008 sia riservata esclusivamente ai collaboratori coordinati e continuativi ed esclusivamente se la loro prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente[30]. Si tratta di una limitazione che, se da un lato conferma l'idea secondo la quale la collaborazione coordinata costituisce il modello – ancorché non il "tipo" – del lavoro autonomo nell'organizzazione, parrebbe, d'altro canto, contraddire la lettura dell'organizzazione come "processo", dando invece rilievo alla dimensione cosale degli assetti produttivi[31]. Ad ogni modo, la disposizione, fin dalla sua entrata in vigore, è stata considerata una dimostrazione dell'estensione progressiva della disciplina oltre i suoi storici confini. L'impatto della norma non è stato, ad ogni modo, altrettanto epocale.

Il decreto 81 del 2008 garantisce invece tutele minimali ai collaboratori "esterni". L'attributo "esterni" descrive, in coerenza con la previsione del comma 7 dell'art. 3 pocanzi citata, il fatto che tali collaboratori coordinati non lavorano prevalentemente nei "luoghi del committente". A questi collaboratori si applica in via residuale, secondo l'opinione unanime della dottrina, la disciplina dell'art. 21, riservata al lavoro autonomo cosiddetto "puro" (*rectius*: non caratterizzato da continuatività e coordinamento). Sul punto tornerò brevemente oltre.

L'esclusione del lavoro coordinato "esterno" dalla generalità delle protezioni produce immediate conseguenze irrazionali, che discendono da una difficoltà di conciliare l'estensione della definizione di lavoratore dell'art. 2, comma 1, lett. a, con una distribuzione delle tutele che non appare sempre giustificabile alla luce dei rischi effettivamente valutabili e patiti.

Da un lato, il lavoratore autonomo non coordinato *ex* art. 2222 c.c. riceve le stesse tutele del lavoratore parasubordinato "esterno", nonostante la netta divaricazione dei modelli lavorativi e delle obbligazioni considerate. Il punto merita qualche spiegazione aggiuntiva.

L'art. 21 non è stato pensato per ipotizzare una tutela del soggetto nell'organizzazione di persone, bensì per delineare uno spazio di *autotutela* per chi gestisce una propria, personale, attività (art. 3, comma 11, d.lgs. n. 81/2008)[32], eventualmente in situazioni di interferenza (art.

---

30 Cfr. P. ALBI, *Adempimento*, cit., p. 205. Cfr. in tema di recente A. TAMPIERI, *La sicurezza dei lavoratori parasubordinati e dei lavoratori autonomi: la legge n. 81/2017*, in M. LANOTTE (a cura di), *Il lavoro autonomo e occasionale*, in G. PELLACANI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 98.

31 Sul tentativo di superare questa prospettiva cfr. C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *Lab. law. iss.*, 2023, n. 1, in part. pp. 39 ss.; si legga anche la comunicazione *Lavoro più sicuro e più sano per tutti – Aggiornamento della normativa e delle politiche dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, COM(2017) 12 final, 10 gennaio 2017, dalla quale emerga «la necessità di un passaggio ad un concetto più dinamico di "luogo di lavoro"».

32 Da un lato, vige l'obbligo di utilizzazione di attrezzature di lavoro conformi e di dispositivi di protezione individuale; dall'altro, la possibilità di beneficiare della sorveglianza sanitaria e di partecipare a corsi di formazione, ma con oneri a proprio carico. Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., p. 52 e M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2015, pp. 662 ss. Cfr. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 142-143.

26, d.lgs. n. 81/2008) e/o nell'ambito di cantieri temporanei e mobili (Titolo IV); ovvero è stato utilizzato come riferimento normativo quando la prestazione non sia di lavoro ma di volontariato (art. 3, comma 12-*bis* del d.lgs. 81 del 2008) e quindi non condivida la stessa dimensione obbligatoria. La disposizione, non a caso, appare fortemente disallineata rispetto all'assetto generale del sistema pubblicistico di tutela della sicurezza, incentrato su una complessa e perentoria distribuzione di obblighi e funzioni in fin dei conti diretta a costituire precise posizioni di garanzia in capo a soggetti chiamati a tutelare sé stessi e altri, ma sempre a spese del datore di lavoro; nell'art. 21, al contrario, campeggiano due "facoltà" e tre obblighi, con oneri e costi a carico del lavoratore stesso e rispetto ai quali il committente sembrerebbe doversi limitare a cooperare[33]. Infatti, non sussiste, per il lavoratore autonomo, l'obbligo di osservanza di cui all'art. 20, comma 2, lett. b, che al contrario grava sul collaboratore coordinato (ancorché solamente se "interno"; v. *infra*).

Tale diversità di impostazione dipende dalla differenza tra il modello della sicurezza per i lavoratori nell'organizzazione altrui e il quadro minimale di vincoli per coloro che hanno una piena capacità di controllo sulle modalità del proprio lavoro anche perché non *fanno parte* dell'organizzazione del committente (v. *supra*).

D'altro canto, non sono state estese a favore dei lavoratori cosiddetti parasubordinati le norme sulle attrezzature (Titolo III), anche quando queste siano fornite dal committente, al contrario di quanto accaduto a favore dei lavoratori subordinati a domicilio (art. 3, comma 9) o dei telelavoratori subordinati (art. 3, comma 10)[34].

Alla luce della breve ricognizione proposta si può osservare che il d.lgs. n. 81/2008 ribadisce e perpetua un modello di regolazione basato su una diversificazione dei livelli di tutela tra collaboratori coordinati interni e altri lavoratori autonomi interni ed esterni, che, seppure parzialmente giustificabile in ragione dell'insussistenza di un controllo su modalità e luoghi della prestazione eseguita all'esterno da parte del committente, pone, soprattutto se resa in termini così estremi, serie problematiche di ordine applicativo[35].

Una prima questione problematica concerne le tutele spettanti ai collaboratori che eseguono la prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dell'azienda[36]. Per costoro, non sembra corretto procedere a un giudizio di prevalenza per capire se si applichino o no le norme di tutela. Dovrebbe infatti considerarsi applicabile, comunque, il complesso delle norme al fine di poter gestire le fasi, anche se meno lunghe, durante le quali il lavoratore si trova nei luoghi del committente e, perciò, deve essere formato, informato, istruito, etc. Al contempo, non può sfuggire come il luogo della prestazione possa anche essere scelto dal collaboratore, senza che

33 Cfr. anche l'art. 14, comma 1, lett b, d.l. 48 del 2023, che aggiunge, tra gli obblighi di autotutela quello di dotarsi di «idonee opere provvisionali in conformità alle disposizioni di cui al titolo IV».

34 Su questo rilievo P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo*, cit., p. 316; cfr. anche A. DELOGU, *La funzione*, cit., p. 78.

35 Cfr. P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza*, cit., p. 9.

36 Cfr. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 137-139.

ciò impedisca, in virtù della scelta di lavorare nei luoghi del committente, di configurare gli obblighi conseguenti in capo al committente.

Ulteriore problema, collegato al precedente, deriva dalla nozione «luoghi del committente». In particolare, si dovrebbe trattare dei luoghi fisici sulla cui conformazione in chiave prevenzionistica ha potere e controllo il soggetto che organizza il lavoro. Invero la nozione di luoghi di lavoro offerta dalla norma in esame non deve necessariamente corrispondere alla nozione dell'art. 62, comma 1, con cui il Titolo II esordisce («luoghi destinati a ospitare posti di lavoro»), dacché questa definizione vale «unicamente ai fini della applicazione del presente titolo», appunto dedicato ai "luoghi di lavoro". Al contempo, sembra difficile suggerire una interpretazione evolutiva del concetto di luogo, pur se sulla scorta del dibattito eurounitario e di una concezione della sicurezza in senso più che altro organizzativo e dematerializzato[37]. La ragione risiede nella precisa, ancorché inopportuna, scelta del legislatore di distinguere tra "organizzazione" (art. 2, comma 1) e "luoghi" (art. 3, comma 7), di talché se i luoghi fossero anche quelli dematerializzati (fino a ricomprendere ogni ramificazione esterna dell'organizzazione), non avrebbe senso né la speciale previsione sul lavoro a distanza, né il comma 7 dell'art. 3 già citato, né la differenza registrata, in materia di appalto e contratto d'opera, dall'art. 26, comma 1, quando mostra di voler distinguere «ambito dell'intero ciclo produttivo» e «luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo» nella «disponibilità giuridica» del datore di lavoro.

Altra questione meritevole di attenzione discende dal possibile intreccio tra la previsione dell'art. 3, comma 7, e la norma ai sensi della quale i collaboratori coordinati e continuativi si computano ai fini della determinazione del numero di lavoratori dal quale il presente decreto legislativo fa discendere particolari obblighi «ove la loro attività non sia svolta in forma esclusiva a favore del committente» (art. 4, comma 1, lett. l, d.lgs. 81 del 2008). I collaboratori sono "lavoratori" ai fini del computo solamente se mono-committenti; altrimenti sono, al pari dei lavoratori autonomi *ex* art. 2222 c.c. (lett. i), esclusi. La mono-committenza, la cui verifica è particolarmente complessa (cfr. anche art. 8, d.lgs. 104 del 2022), è un mero criterio quantitativo e non costituisce, in questa disposizione, un elemento utile a selezionare una tutela, né sembra corretto ritenere che la previsione speciale dell'art. 4 condizioni il campo di applicazione dell'art. 3[38]; per queste ragioni, la previsione non contribuisce affatto, se non in modo del tutto secondario, al dibattito sulla cosiddetta "dipendenza economica"[39].

5. *Segue*. La possibile incostituzionalità della disciplina.

Dall'esame delle norme sembrerebbe di capire che i collaboratori coordinati *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. "esterni" sono trattati, a ogni effetto, allo stesso modo di lavoratori che, per le ragioni in

37 Su questa prospettiva cfr. C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso*, cit., pp. 33 ss.

38 *Contra* G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 277.

39 Un cenno al tema si ritrova in A. DELOGU, *La definizione*, cit., p. 75.

parte già anticipate, non contribuiscono all'organizzazione di persone. Si tratta di lavoratori autonomi il "prodotto" della cui attività può oggettivarsi in un *opus* (servizio o opera) che assume un valore giuridico-economico distinto dalla persona che lo realizza. Diversamente, il collaboratore coordinato presta essenzialmente il proprio lavoro, ancorché l'attività possa essere prevalentemente personale.

Si tratta, con ogni evidenza, di situazioni giuridiche distanti e impropriamente equiparate, se si ragioni anche sugli effetti di tale assimilazione: se il comma 2 dell'art. 15, sulla scorta di un cristallino principio euro-unitario (dir. 89/391/CEE, art. 6.5), prevede che «le misure relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori», i collaboratori coordinati esterni sono invece gravati da tali costi, nonostante subiscano i sommovimenti dell'organizzazione e siano, seppure entro i limiti dell'art. 409 n. 3 c.p.c., indirizzati dalla facoltà di coordinamento del committente. Peraltro, proprio il gravame della generalità dei costi della sicurezza su lavoratori che sono a tutti gli effetti coinvolti nel processo organizzativo potrebbe anche evidenziare un difetto di trasposizione della direttiva.

A prescindere da ciò, si potrebbe comunque dubitare della perspicuità della distribuzione proposta dall'art. 3, commi 7 e 11, del d.lgs. 81. Infatti, non è affatto evidente che il comma 11 dell'art. 3, quando dispone l'applicazione degli artt. 21 e 26 nei confronti dei «lavoratori autonomi di cui all'art. 2222 c.c.», si riferisca anche ai collaboratori coordinati e continuativi (esterni)[40]. Si tratta, *bon gré mal gré*, di una soluzione interpretativa che non dipende da una precisa classificazione della fattispecie; si potrebbe obiettare che la continuatività che caratterizza i rapporti di collaborazione *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. è incompatibile con l'obbligazione ad adempimento istantaneo su cui si incentra il contratto d'opera tipizzato dal codice civile.

L'interpretazione più comune è, ad ogni buon conto, desunta dall'assenza di altri espliciti riferimenti, di talché, ipotizzando anche a questi fini l'inconciliabilità tra art. 409 n. 3 c.p.c. e art. 2222 c.c., si creerebbe un vuoto normativo intollerabile. Questa stessa interpretazione parrebbe in effetti confermata dal richiamo della lett. i dell'art. 4, comma 1, alla lett. l dello stesso comma («fatto salvo quanto previsto dalla successiva lettera l)»; da questo collegamento interno si deduce che il legislatore sembra considerare l'art. 2222 c.c., almeno ai fini della definizione del campo di applicazione della disciplina antinfortunistica, una norma generale (o categoriale) capace di includere, salvo diversa previsione, le collaborazioni coordinate (o, almeno, quelle "esterne").

Volendo invece sottolineare la differenza strutturale che sussiste tra art. 409 n. 3 c.p.c. e art. 2222 c.c., si potrebbe ipotizzare, con un contenuto slancio di fantasia, che il vuoto regolativo sia colmabile, almeno per i collaboratori esterni, attraverso il riferimento al comma 10 sul «lavoro a distanza», essendo nominalmente tale, in senso lato, anche l'attività del collaboratore

40 Cfr. ad esempio favorevole alla riconducibilità all'art. 2222 c.c. P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, 69. Una consimile idea è spesso sottesa ai ragionamenti della dottrina: cfr. A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni etero-organizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 728, nel senso che il lavoro autonomo sarebbe «ispirato al compimento dell'opus o del servizio».

eseguita fuori dai luoghi del committente (con esclusione però del primo periodo riservato esclusivamente ed espressamente ai lavoratori subordinati). Si tratta, come detto, di una soluzione fantasiosa, ma – occorre ammetterlo – non altrettanto rigorosa. Ciò, sia perché la subordinazione sembra presupposta anche dal resto della disposizione evocata (i periodi successivi al primo), sia perché, a ben vedere, il lavoro a distanza sembra corrispondere al lavoro eseguito in altro, preciso, luogo esterno: non si tratta di una previsione adatta a includere le ipotesi in cui il lavoro si esegue indipendentemente dalla fissazione di un luogo (ipotesi invece affrontata, con richiamo alla cooperazione del lavoratore, dall'art. 22 del d.lgs 81 del 2017).

Si aggiunga anche che l'obbligo del datore di valutare i rischi patiti dai prestatori «connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro» (art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008) evidenzia, da questa particolare prospettiva, una crepa del sistema congegnato dal legislatore. Infatti, un identico rischio per un collaboratore coordinato interno e per un collaboratore coordinato esterno – si pensi all'uso della medesima attrezzatura – sarà valutato allo stesso modo, ma potrebbe comportare, nonostante la medesimezza del contenuto obbligatorio, misure alternative, le une facenti capo all'obbligo del committente (formare, informare, etc), le altre alla (quasi) esclusiva responsabilità del prestatore (art. 21).

Si rifletta pure su come questa disparità estrema mal si concili con l'uniformità del trattamento sotto tutti gli altri profili, pure incidenti sulle tutele del collaboratore "rispetto" all'organizzazione. Si pensi all'art. 9 del d.lgs. 104, che, nel consegnare a tutti i collaboratori *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 1, comma 1, lett. e, del d.lgs. 104) un diritto potestativo di rifiuto di eseguire la prestazione a certe condizioni, presuppone una capacità di impatto dell'organizzazione "imprevedibile" sulla posizione del collaboratore, interno o esterno che sia. Si pensi pure all'estensione dell'assicurazione obbligatoria INAIL disposta dall'art. 5 della l. 38 del 2000, norma che peraltro accoglie una distinzione basata sulla integrazione nel «ciclo produttivo», ma ai limitati fini dell'individuazione del tasso di rischio applicabile.

La crepa descritta è profonda, ma la soluzione può essere trovata solo a partire da una più radicale lettura delle norme costituzionali e, soprattutto, deve essere offerta o dal legislatore o dalla Corte costituzionale quando e se investita della questione. La via interpretativa non è percorribile, tanto più in una materia circondata da un esteso apparato sanzionatorio di natura penalistica, con i conseguenti divieti di interpretazione analogica *in malam partem*. Ci si deve pertanto limitare a constatare la permanenza di disparità di trattamento non ragionevolmente giustificabili sotto il profilo costituzionale (art. 3, 32 e 35 Cost.) a fronte di situazioni assai simili, se non, per alcuni profili, perfettamente sovrapponibili, come quelle di due collaboratori coordinati e continuativi, uno che lavora fuori dai confini fisici e un altro all'interno degli stessi: entrambi possono essere inseriti allo stesso modo nei processi organizzativi o, addirittura, possono essere chiamati a eseguire la stessa identica attività o essere muniti degli stessi identici strumenti forniti dal committente. Ciò, alla luce della peculiarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica suggerirebbe l'adozione di consimili misure di prevenzione.

Non sopperisce, in concreto, alla carenza di tutela l'art. 2087 c.c., che pure potrebbe giocare un ruolo decisivo nella modulazione del quadro di tutela del collaboratore coordinato "esterno". Infatti, nonostante le istanze dottrinali, la giurisprudenza continua, in massima parte, a negare le potenzialità espansive della norma del Codice a tutela delle condizioni di lavoro. Tale resistenza, che è culturale oltre che giuridica, rende questa disposizione, nel campo del lavoro coordinato, scarsamente effettiva.

A monte del ripensamento dello spazio degli obblighi del committente rispetto ai collaboratori esterni occorrerebbe, invero, sradicare sia l'idea del lavoro autonomo come contenitore categoriale uniforme sia l'idea, talvolta connessa alla prima, del contratto d'opera come tipo "generale" o residuale; e si dovrebbe viceversa, una volta compresa e abbracciata la varietà delle declinazioni del lavoro autonomo, ragionare sulle opportunità di ragionevole diversificazione della disciplina. Si tratta di opportunità già insite nel programma costituzionale (artt. 3 e 35 ss. Cost.) e che, a legislazione vigente, potrebbero essere offerte, nel campo della prevenzione, quantomeno dalla parificazione, nel d.lgs. 81, di due situazioni a tratti simili e a tratti identiche, quella del collaboratore coordinato esterno e quella del collaboratore coordinato interno[41].

6. Il difficile adattamento della disciplina specialistica ai collaboratori interni.

Sia l'ipotesi dottrinale di applicare l'art. 2087 c.c. a favore dei collaboratori coordinati, sia l'estensione integrale delle regole del sistema di prevenzione e delle misure tipiche non sono risolutive e pongono, anzi, inedite problematiche applicative. I problemi principali sono tre e due di questi sono strettamente collegati tra di loro. Innanzitutto, è dubbio come, rispetto alle collaborazioni "interne", adattare – e talvolta come rendere effettive – singole disposizioni, indubbiamente pensate per il prototipo della subordinazione; è dubbia poi la configurabilità di un necessario "potere" in capo al committente in materia di sicurezza che, quando attiene ai contenuti della prestazione, finisce per sovrapporsi al potere direttivo; è incerta, infine, la reazione alle inosservanze dei lavoratori in materia di sicurezza. Tali ostacoli derivano dalla scelta del legislatore di rinunciare – già a partire dalla disciplina del lavoro a progetto (art. 66, d.lgs. 276 del 2003) – a istituire uno statuto protettivo *ad hoc*, misurato sulla peculiare dimensione obbligatoria della collaborazione coordinata.

Rinviando ai successivi paragrafi la questione cruciale della giustificazione del potere del committente e delle reazioni agli inadempimenti, si può per ora dire che sono molte le norme per le quali potrebbe porsi un dubbio rispetto all'adattabilità ai collaboratori coordinati[42].

---

41 Dato che, ad oggi, si assiste, al contrario, alla parificazione delle «situazioni, obiettivamente diverse, del lavoratore autonomo e parasubordinato esterni» (A. DELOGU, *La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dell'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, p. 75). Si legga in tema anche P. CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 139-140 e 144-145.

42 Cfr. infatti l'osservazione di V. PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 511, in merito all'inadeguatezza, al tempo, del tentativo di superare l'assenza di tutele cavalcando il principio di parità di trattamento.

Un primo appunto può riguardare la rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza, sempre necessaria (art. 47 ss., d.lgs. 81 del 2008) e sempre più proiettata in un ruolo di attore responsabile nel sistema di prevenzione[43]. Ebbene, almeno quando il RLS sia scelto tra i componenti della RSU o tra le RSA (rispetto alla cui elezione o nomina il ruolo dei collaboratori è meno che marginale), questi non ha di norma l'abilitazione a rappresentare gli interessi dei lavoratori coordinati (i quali invece possono senza dubbio prender parte all'elettorato attivo e passivo quando l'azienda non superi i 15 dipendenti)[44]. Un problema di rappresentanza riguarda, in ogni caso, anche il RLST, atteso che tale figura ben difficilmente sarà espressione di associazioni sindacali che tutelano gli interessi omogenei dei lavoratori coordinati, se non nei contesti in cui i lavoratori coordinati costituiscano una parte importante della "forza lavoro". Si apprezzano ad ogni modo gli sforzi sindacali diretti a garantire, in settori come quello dei call-center *outbound* o delle O.N.G., una gestione partecipata della sicurezza, tema questo sul quale è consentito solo questo fugace cenno.

Altrettanto complesso è il collegamento tra esigenze di sicurezza e oggetto dell'obbligazione. La questione si collega, almeno in parte, alla giustificazione dei "poteri di prevenzione" del committente, ma può essere risolta a monte di quel problema.

I collaboratori coordinati sono ad esempio soggetti alla sorveglianza sanitaria (cfr. anche art. 20, comma 2, lett. i), ma il riscontro medico di una inidoneità alla "mansione" (art. 42, d.lgs. 81 del 2008) sembra dover avere come conseguenza ordinaria l'impossibilità sopravvenuta (e definitiva) della prestazione, con la conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.). Infatti, l'obbligo di esercitare lo *ius variandi* non costituisce una "garanzia" accessibile per il collaboratore, dacché il committente stesso non dispone di un simile potere, né esistono mansioni equivalenti o inferiori; qualora si riconoscesse un simile potere, seppure funzionalizzato alla sicurezza, si finirebbe per contraddire la piena bilateralità del rapporto (art. 1321 e 1372 c.c.). Sarebbe, d'altro canto, fin troppo ardito sostenere che, per applicare in modo adattivo l'art. 42, il committente sia obbligato a proporre al collaboratore, sulla scorta della clausola generale di correttezza, un altro oggetto-prestazione e, quindi, una novazione del contratto. Questa interpretazione adattiva si risolve, infatti, in uno stravolgimento del senso della dell'art. 42 e, al contempo, in una limitazione eccessiva dell'autonomia contrattuale e dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Per consimili ragioni, pare difficile, quando si tratti di un rapporto di collaborazione coordinata, identificare il momento in cui la formazione è doverosa in seguito al «cambiamento di mansioni» (art. 37, comma 4, lett. b). Si tratta di questioni che evidenziano carenze meritevoli di sottolineatura, ma ancora ormeggiate in un limbo della riflessione giuridica e, più spesso, superate da prassi applicative in spregio alle effettive esigenze di protezione del collaboratore coordinato.

---

43 Cfr., in merito alla pronuncia Cass., sez. pen., 25 settembre 2023, n. 38914, i primi rilievi di P. PASCUCCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, in *Dir. sic. lav*., 2023, 2, pp. 1 ss.

44 Cfr. per questi rilievi già G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 278.

7. La questione del "potere" del committente in materia di sicurezza.

Il problema più pressante, anche ai fini della effettività del sistema di protezione congegnato dal legislatore, resta quello dell'adempimento dell'obbligo di osservanza alle direttive e alle istruzioni impartite. Il problema che si pone oggi per i collaboratori coordinati interni destinatari, astrattamente, di ogni parte della disciplina del testo unico, è come garantire il rispetto degli obblighi, il cui adempimento sembra presupporre un assetto obbligatorio caratterizzato da vincoli di "obbedienza" e dall'esercizio del potere di controllo [45].

È noto, infatti, che l'attuazione delle misure di prevenzione atipiche e anche di quelle tipiche si collega, nel caso emblematico della subordinazione, a un potere di stampo organizzativo che si esprime (anche) come "direzione" del lavoro. Si tratta di un potere di determinare e variare, in relazione alle esigenze di tutela della persona nell'organizzazione, tempi e luoghi e modalità di esecuzione della prestazione[46]. Potere che è, se si guardi alla struttura dell'obbligazione e agli effetti, alternativo alla facoltà di coordinamento del committente circoscritta dalla nozione offerta dall'art. 409 n. 3 c.p.c.

A tal proposito non parrebbe risolutivo solamente valorizzare il concetto di organizzazione che contrassegna il d.lgs. n. 81/2008, anche a prescindere dall'attribuzione di poteri di tipo organizzativo e di controllo. Se, da un lato, ciò consente di estendere l'area dei soggetti tutelati e, con essi, degli obblighi del committente, dall'altro lato non può consentire che si configurino ipotesi di responsabilità oggettiva scollegata da una violazione almeno colposa delle disposizioni in materia di sicurezza[47]. Di talché emerge una alternativa: o il committente, datore di lavoro in materia di sicurezza, ha il potere di dare istruzioni (e di controllare e poi "sanzionare") e non lo esercita, allora è in colpa; o non lo ha, quindi non può essere chiamato a rispondere dell'infortunio per omesso esercizio di quel potere. Ritengo, a tal riguardo, che proprio l'estensione complessiva della normativa antinfortunistica, per un verso, e della norma di chiusura dell'art. 2087 c.c., per altro verso, consenta di affermare che i vincoli

45 Si tratta, come è stato scritto, di una «difficoltà di concepire obblighi in assenza di poteri di determinazione del luogo […]» (A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella* gig economy *e nell'industria 4.0*, in *Dir. sic. lav.*, I, 2018, n. 2, p. 69). Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., pp. 48 ss.; C. LAZZARI, *Brevi riflessioni*, cit., pp. 47-48; e M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 137. Cfr. anche BUBOLA G.-CORVINO A., *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 404. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma 2 ottobre 2017, inedita a quanto consta.

46 Cfr. F. CARINCI, *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pp. 986-987.

47 Cfr. Corte Giust. 14 giugno 2007, C-125/2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, pp. 190-191. Cfr. A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori*, cit., pp. 62 ss. Cfr. C. LAZZARI, Gig economy *e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, pp. 464 e ss.

derivanti da quelle disposizioni si integrino nel contratto in cui la collaborazione coordinata è dedotta secondo il modello dell'art. 1374 c.c. [48].

Ne segue che al committente è attribuito un potere di intervento funzionalizzato al soddisfacimento di un interesse di natura (anche) pubblicistica, collegato al bisogno primario della salute, il cui esercizio non è discrezionale. Pertanto, questo "potere" non potendo essere confuso con il potere direttivo, neppure quando assume la valenza sostanziale di una specificazione conformativa delle modalità intrinseche della prestazione, neppure concorre alla qualificazione del rapporto [49]. Ne segue anche che la disciplina della sicurezza, rispetto al dibattito inesauribile sulla relazione tra contratto di lavoro subordinato e organizzazione[50], non dimostra la rilevanza prioritaria dell'organizzazione o la sua preesistenza rispetto al contratto, in quanto non indaga la fonte delle modalità di connessione tra organizzazione e lavoro[51]. Al contrario la materia prevenzionistica presuppone tale connessione alla stregua di un proprio specifico oggetto nel momento in cui si fa attuale un'interferenza tra persona e organizzazione fonte di pericolo per la prima. Il che significa sia che la funzionalizzazione del potere in materia di sicurezza non contraddice la natura contrattuale del rapporto e del potere direttivo in senso stretto, sia che il "potere di prevenzione", quale espressione attuativa dell'obbligo del committente di tutelare l'integrità psicofisica dei collaboratori, si può innestare in contratti diversi da quello di lavoro subordinato. Si tratta però, al fondo, dello stesso potere ancorato a un dovere di intervento che trova in diversi contratti, secondo la modulazione legale, il proprio alveo giustificativo.

Il potere del committente funzionalizzato alla sicurezza è sì, come detto, integrabile nel contratto, ma il suo esercizio, distinto dal potere direttivo tipico del datore di lavoro e, *a fortiori*, dalla normale prerogativa di coordinamento spettante al committente, non può farsi risalire al nucleo dell'obbligazione di lavorare, pur potendo condizionare, nel suo esercizio, l'adempimento dell'obbligazione di prestare lavoro. Ne segue che, a fronte di un "potere" in materia di sicurezza, occorrerà distinguere in via interpretativa tra direttive "funzionalizzate" e direttive che invece, conformando e specificando le modalità esecutive della prestazione, possono rivelare l'esercizio del potere contrattuale dell'art. 2094 c.c. e, quindi, costituire il presupposto di una riqualificazione giudiziale. Si porrà, quindi, non un problema di giustificazione del potere da esercitare, bensì un problema di prova dei contenuti del potere esercitato, non sempre di agevole soluzione. Attraverso il meccanismo dell'integrazione nel contratto del "potere di prevenzione" si precisa meglio, rispetto alla normativa che presidia l'art. 32 Cost., l'ampiezza dell'obbligo di «collaborazione» che sintetizza il contenuto doveroso dei rapporti riconducibili all'art. 409 n. 3 c.p.c. La collaborazione è il diaframma negoziale su

48 App. Milano, Sez. Lav., 3 ottobre 2019, n. 1219. Cfr. DELOGU, *La funzione,* cit., p. 81.

49 Su questo punto, in una diversa prospettiva, cfr. C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione*, cit., pp. 17 ss.

50 Brillantemente ricostruita, tra gli altri, da L. GAETA, *Contratto e rapporto, organizzazione e istituzione. Rileggendo Franco Liso*, in *Dir. lav. rel. ind.,* 2014, pp. 661 ss.

51 *Contra* C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione*, cit., pp. 33-34.

cui si innesta la disciplina vincolistica del d.lgs. n. 81/2008 e, con essa, il potere del committente di richiedere «l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione» (art. 18, comma 1, lett. f). Tale norma, infatti, deve essere letta in parallelo con l'art. 20, comma 2, lett. b, che impone anche al collaboratore coordinato un obbligo di osservanza[52].

Alla luce di queste considerazioni si può confermare che la sicurezza sul lavoro offre un punto di vista di sicuro interesse per comprendere la relazione tra lavoro coordinato *ex* art. 409 n. 3 c.p.c. e organizzazione e, per questa via, concepire il modo in cui l'organizzazione *dei lavori* abbracci prestazioni eterogenee e diversamente inserite negli assetti organizzativi.

Tuttavia, il diritto della prevenzione ha, come visto, caratteristiche peculiari che si possono riassumere nella necessità di protezione a rilevanza pubblicistica della persona nell'ambiente di lavoro e nell'organizzazione. La prospettiva di analisi dell'organizzazione come "processo" soffre meno la diversità strutturale delle obbligazioni di lavoro e, per tale motivo, consente di ragionare più a fondo sull'opportunità di superamento di alcune tradizionali impostazioni, come quella che limita il campo di applicazione dell'art. 2087 c.c. ai soli lavoratori subordinati o quella che esclude dalla grande maggioranza delle protezioni i collaboratori esterni[53]. Il committente del lavoro coordinato (con maggior certezza di quello "interno") è un debitore di sicurezza esattamente come il datore di lavoro, in quanto chiamato al rispetto di una complessa obbligazione a chiusura del sistema e destinatario potenziale della generalità delle posizioni di garanzia istituite dalla legislazione specialistica (dove il committente può assumere la funzione di «datore di lavoro» *ex* art. 2, comma 1, lett. b, d.lgs. 81 del 2008).

8. *Segue*. Le reazioni agli inadempimenti.

La violazione di norme sulla prevenzione da parte del collaboratore coordinato interno ha, come noto, il più delle volte, conseguenza di diritto penale (*ex* art. 59, d.lgs. 81 del 2008). Tuttavia, quell'*infringment* costituisce per il collaboratore un inadempimento che comporta reazioni di ordine strettamente contrattuale. Tale osservazione si collega alla riflessione sulle conseguenze delle violazioni di obblighi prevenzionistici al cui rispetto è tenuto il lavoratore e che, si ricordi, sono integrati nei contratti di collaborazione coordinata (art. 1374 c.c.).

Nel campo del lavoro coordinato, infatti, all'inadempimento conseguono gli ordinari effetti riparatori che si risolvono nel risarcimento del danno o, se previsto, nell'applicazione di una

52 Ciò che, secondo G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 275 «condurrebbe al riconoscimento di un "vero e proprio potere direttivo in materia di salute e sicurezza».

53 Per superare i molti ostacoli della disciplina vigente, come è stato rilevato in una prospettiva *de iure condendo,* la sicurezza dovrà emanciparsi dall'ambiente di lavoro e concentrarsi sulla persona del lavoratore, per tutelarlo comunque e dovunque egli svolga la prestazione dedotta nel contratto: cfr. P. PASCUCCI, *Dieci anni di applicazione del d.lgs. n. 81/2008*, in *Dir. sic. lav.*, n. 1, 2018, p. 7. A tal fine occorrerà individuare uno statuto protettivo caratterizzato da una serie di tutele *possibili* (formazione, informazione sui rischi, sorveglianza sanitaria, fornitura di dispositivi di protezione individuale, etc.) che possano farsi gravare sul committente anche per prestazioni svolte all'esterno dei locali aziendali, in un sistema di responsabilità contrattuale.

penale ovvero, come il più delle volte accade, nel recesso per giusta causa o nella risoluzione quando l'inadempimento, come spesso accade in questa materia, non ha scarsa importanza (art. 1455 c.c.)[54]. Una situazione, questa, ben diversa da quella del lavoro subordinato, dove il potere disciplinare assicura reazioni proporzionate e tendenti a un migliore bilanciamento tra i meccanismi di funzionamento dell'organizzazione e la tutela della persona che lavora[55]. Non è escluso che si possa riflettere *de iure condendo*, alla luce dell'origine contrattuale[56] e della funzione organizzativa del potere disciplinare quale prerogativa funzionale pure alla conservazione di interessi dell'organizzazione al corretto ed efficiente svolgimento dell'attività tutta e non solo delle singole prestazioni di lavoro[57], sulla possibilità di colmare quella che appare essere, in alcuni casi, una lacuna o, comunque, una ingiustificata limitazione

54 Cfr. C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione*, cit., pp. 16-19; e più di recente C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza*, cit., pp. 1 ss., *ivi* pp. 9-10, la quale cita pure il documento in materia di "modelli di organizzazione e gestione" *ex* art. 30, d.lgs. n. 81/2008 (si rinvia alla citazione per la denominazione completa) approvato in data 20 aprile 2011 e recepito nella Circolare del Ministero del lavoro 11 luglio 2011, n. 15816, per confermare la doverosità delle "sanzioni" anche per lavoratori non subordinati anche in assenza del potere disciplinare.

55 In tema, su questo equilibrio, si leggano S. MAINARDI, *Art. 2106 c.c.*, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato*, in P. SCHLESINGER (diretto da) *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002; e L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973. La piena libertà di recesso nei rapporti a tempo indeterminato, che dipende dalla necessità di evitare la perpetuità dei vincoli giuridici (Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXXIX, 1988, p. 29; e P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. giur. lav*., 1993, p. 576), oscura, per alcuni di questi rapporti, il problema degli inadempimenti di scarsa importanza – quelli per i quali non si ammette la risoluzione *ex* art. 1455 c.c. – o comunque non gravi, in quanto il recesso libero interpreta talvolta in modo efficiente, quando non ricorrono i presupposti della giusta causa, esigenze "disciplinari" assai meglio di rimedi astrattamente conservativi, ma comunque concorrenti, come il risarcimento del danno o l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* o l'applicazione di, eventuali, clausole penali, onerose e incerte anche nel contenuto in quanto sempre riducibili in via equitativa in un secondo momento (art. 1384 c.c.).

56 Sull'origine contrattuale cfr. L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare*, cit., in part. pp. 6 ss.; ma si legga già L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, 1915, pp. 593-594. Di qui la configurazione dell'abuso del potere disciplinare Cass. 9 maggio 2019, n. 12365. Cfr. *contra* S. HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, pp. 97 ss., in part. pp. 127-129.

57 Cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 149; e L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 10.

d'orizzonte[58]. Inadempimenti quali la violazione del divieto di fumo [59], che il datore di lavoro deve prodigarsi per impedire ai sensi dell'art. 2087 c.c. e che costituisce violazione (tra l'altro) dell'art. 20, d.lgs. n. 81/2008, sia per il lavoratore subordinato sia per il lavoratore coordinato, incidono allo stesso modo sull'adempimento dell'obbligazione di collaborare. Anche nel caso del lavoro coordinato un "potere disciplinare" avrebbe come effetto la tutela dell'interesse dell'organizzatore del lavoro, quindi in funzione della garanzia della proficuità delle facoltà e dei poteri che concorrono a strutturare l'organizzazione dei lavori [60]. Si è detto, del resto, come subentri nel contratto, *ex* art. 1374 c.c., un dovere di obbedienza a dirigenti e preposti che, in quanto e se funzionalizzato alla tutela della sicurezza e salute, non può essere indicativo di una particolare qualificazione dell'obbligazione, anche perché ad esercizio eventuale.

Il problema della sicurezza è, però, ancora più circoscritto, ponendosi qui il problema di capire se anche il potere di controllo e quello sanzionatorio, doverosamente esercitati nell'ambito del sistema della prevenzione, siano concepibili nell'ambito di una collaborazione coordinata. Può essere utile portare l'esempio, sicuramente non dimostrativo in chiave generale ma utile se si voglia tentare di spiegare la funzionalizzazione del potere ai fini (anche) pubblicistici del d.lgs. 81 del 2008, del rapporto dei medici di medicina generale. In questo caso il contratto collettivo regola l'esercizio di un vero e proprio potere disciplinare del committente pubblico che include, peraltro, anche sanzioni come il «richiamo verbale» e il «richiamo con diffida per il reiterarsi di infrazioni che hanno comportato il richiamo verbale» e il deferimento a collegi arbitrali[61]. L'esigenza di riconoscere e regolare un potere disciplinare si potrebbe spiegare con la particolare funzionalizzazione del rapporto di diritto privato alla

58 Rinvio, per ogni riflessione, al paragrafo tematico della monografia (F. FERRARO, *op. cit.*, pp. 579 ss.). Ciò che convince meno, nell'indagine sul punto di contatto tra interessi dell'organizzazione e potere disciplinare, è che la conformazione del comportamento alle regole di disciplina dell'organizzazione – quindi il potere disciplinare – sia «espressione del potere del datore di lavoro di individuare, secondo le esigenze dell'organizzazione, l'oggetto dell'obbligazione di lavorare» (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 198. Un collegamento analogo, fondato sul collegamento tra il complesso dei poteri datoriali di tipo organizzativo, in particolare l'obbedienza, e il potere disciplinare, si ritrova in G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 66 ss.), ossia di assicurarsi quella variabilità del risultato materiale che coincide con l'interesse al coordinamento della prestazione in funzione della produzione (M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 264). Né è convincente che il potere disciplinare dipenda in buona misura dall'obbligo di obbedienza dell'art. 2104, comma 2, c.c. (Cfr. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa. Art. 2086 c.c.*, in P. SCHLESINGER (fondato da), D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 82). Può porsi in dubbio, insomma, che il potere di punire gli inadempimenti in una forma come quella dell'art. 2106 c.c. – tipica, predeterminata, deterrente, per lo più conservativa – si annodi necessariamente e in via esclusiva alla sfera obbligatoria del contratto individuale di lavoro subordinato come contratto *di* organizzazione.

59 Sul punto cfr. le riflessioni di M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 197.

60 M. MARAZZA, *op. cit.*, 161 ss. e, sulla diversità di "titoli giuridici" che determinano l'inserimento nell'organizzazione, p. 169. Peraltro, anche nel caso della collaborazione coordinata «in gioco c'è un interesse più ampio e complesso di quello proprio del comune creditore»: R. VOZA, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2015, pp. 13 ss. ivi p. 19, con riferimento ovviamente al lavoratore subordinato.

61 Cfr. art. 29, contratto collettivo SISAC 2005. Cfr. R. SALOMONE, *Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, V, Utet, Torino, 2004, p. 627

soddisfazione di interessi generali della collettività: il servizio sanitario ha interesse alla conservazione del rapporto, non riuscendo agevolmente a sostituire i collaboratori preposti alla medicina di base. Ma proprio l'emersione di questa speciale esigenza a presidio del riconoscimento di quel potere al committente potrebbe costituire la prova della validità sostanziale del ragionamento svolto.

Appare significativo anche il caso dei modelli di organizzazione e gestione (anche, ma non solo, in materia di sicurezza: cfr. art. 30, d.lgs. n. 81/2008), adottati ed efficacemente attuati a norma del d.lgs. n. 231/2001 (art. 6, comma 1, lett. a), sulla «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica». L'art. 6, comma 2, alla lett. e, del decreto citato impone l'introduzione di «un *sistema disciplinare* idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello» e, alla lett. d del comma 2-*bis*, prevede che tale sistema disciplinare preveda in particolare «sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate» [62]. Ebbene, il sistema deve necessariamente prevedere "sanzioni" dotate di un qualche margine di effettività anche per le violazioni commesse dai collaboratori coordinati e dagli altri lavoratori autonomi, che ad oggi fanno leva su o rinvio ai rimedi del diritto civile, primo fra tutti il recesso [63]. La previsione di un apparato sanzionatorio predefinito in via generale non è, neppure in questo caso, elemento della subordinazione, ma si rende al contrario necessario per l'effettività del modello di organizzazione e gestione, e quindi deve essere commisurato alla particolare condizione giuridica dei collaboratori coordinati. Il recesso in violazione di una regola del modello difficilmente sarà libero con preavviso ma, verosimilmente, per giusta causa, assumendo tutti i contorni – sotto il profilo contenutistico e funzionale e perché e se tipizzato, ossia previsto in funzione delle esigenze della collaborazione – di una sanzione disciplinare. Con ciò non si vuole dire che i modelli di organizzazione e gestione conferiscano al committente un potere disciplinare analogo a quello dell'art. 2106 c.c. – con quelle forme e quei particolari limiti – ma solo che detti modelli presuppongono un doveroso, stabile, apparato "sanzionatorio" predisposto dal committente e applicabile anche ai collaboratori coordinati.

In materia di sicurezza sul lavoro, riconoscere al committente un potere di tipo disciplinare *funzionalizzato* e regolarlo consentirebbe di ottenere un bilanciamento che soppesi meglio le caratteristiche dell'adempimento continuativo e il coinvolgimento della persona

62 Cfr. A. BERNASCONI-E. BEGHÉ, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc.*, 2007, n. 2, pp. 46 ss.

63 C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore*, cit., pp. 1 ss., ivi pp. 9-10.

nell'organizzazione[64]. Del resto, una simile previsione, di fonte legale o collettiva, continuerebbe a non produrre conseguenze di ordine qualificatorio[65].

9. Organizzazioni di collaboratori coordinati e sicurezza. I *riders*.

Alla prova dei fatti, il d.lgs. n. 81 del 2008 non ha dato, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, buona prova. In un contesto in particolare, quello delle piattaforme digitali del *food delivery*, si è evidenziata la carenza di previsioni che tenessero conto del pieno coinvolgimento della persona del collaboratore nell'organizzazione. Si possono tralasciare, ai fini di questa ricostruzione incentrata sulla collaborazione coordinata, i particolari effetti dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, e, di conseguenza, può essere omesso l'esame delle pronunce che ne hanno per ora fatto uso. Occorre dire che l'assenza di tutele per il lavoro autonomo svolto al di fuori dei locali aziendali[66], pur quando emergano continuatività e coordinamento, ha indotto il legislatore ad intervenire a tutela dei lavoratori autonomi addetti alla consegna di beni mediante piattaforma digitale ai sensi dell'art. 47-*bis* e ss., d.lgs. n. 81/2015[67]. Il comma 3 dell'art. 47-*septies*, d.lgs. n. 81/2015, con una norma scarsamente incisiva, prevede che «il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è tenuto, a propria cura e spese, al rispetto» del d.lgs. n. 81/2008.

La norma si presta a letture diverse e non può essere oggetto di esame puntuale in questa sede. La lettura, avallata anche dalla giurisprudenza con motivazioni non sempre cristalline[68], secondo la quale la norma estende l'applicazione dell'intera disciplina del d.lgs. n. 81/2008[69] sembra tuttavia non fare i conti con i limiti interni a quel *corpus* normativo. Si introdurrebbe così una ulteriore sotto-distinzione impossibile da giustificare alla luce del programma costituzionale di tutela della persona che lavora.

---

64 Riconoscere la capacità sanzionatoria del committente potrebbe consentire di limitare la libertà delle parti nella costruzione di penali economicamente gravose e ottenere, pure a vantaggio del collaboratore, il risultato della ordinaria – e spesso anche effettiva sotto il profilo della esecuzione della prestazione – conservazione del rapporto, cioè limitare, ovviamente in via di fatto e non anche giuridicamente, lo spazio del recesso con effetto estintivo. Si tratterebbe di un punto di equilibrio che la giurisprudenza, combinando le norme in materia di risoluzione e recesso, ha difficoltà a trovare: cfr. Cass. 18 aprile 2012, n. 6039.

65 A. DELOGU, *La funzione*, cit., p. 81.

66 Le sollecitazioni hanno anche origine eurounitaria: cfr. EU-OSHA, *Protecting workers in the online platform economy. An overview of regulatory and policy development in the EU*, 2017, pp. 4 ss.

67 Introdotto dal d.l. n. 101/2019, conv. con modif. in l. n. 128/2019. Cfr. P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro… e sulle recenti norme su* rider *& co.*, in *Dir. sic. lav.*, 1, 2019, 44; M. BIASI, *La salute e la sicurezza dei riders al tempo del Covid-19,* in *Dir. rel. ind.,* 2020, pp. 841 ss.

68 Trib. Firenze 1 aprile 2020, n. 886; Trib. Bologna 14 aprile 2020 su cui E. DAGNINO, *DPI e lavoro da piattaforma: i primi effetti della disciplina sui rider?*, in *Bollettino ADAPT*, n. 16, 2020; e A. ROTA, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *Lab. law iss.*, 2019, n. 8, pp. 62 ss. Invero questi sbrigativi decreti sembrerebbero anche, *incidenter tantum*, riconoscere che le collaborazioni in questione avevano i caratteri dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

69 M. BARBIERI, *Lavoro su piattaforma, coronavirus, conflitto sociale e legislazione: i nodi sono tutti da sciogliere*, in *Lab. law iss.*, 2020, pp. 7-8, il quale comunque mostra segni di apertura alla tesi opposta, sia pure intesa in forma non «estrema».

Secondo una diversa ricostruzione, la norma avrebbe il più limitato effetto di modificare la pendenza di "oneri e costi", non più, nel particolare caso dei riders autonomi, gravanti sul lavoratore, bensì sul committente; tuttavia, resterebbe ferma l'applicazione del solo art. 21, d.lgs. n. 81/2008 che la specifica sugli oneri e costi dell'art. 47-*septies* chiama indirettamente in causa[70]. Si tratta della lettura preferibile in quanto maggiormente coerente con l'impianto attuale della disciplina antinfortunistica. Del resto, soprattutto per lavoratori così esposti a rischi (anche esogeni) e soggetti, per contratto, alla "etero-determinazione" delle modalità di esecuzione della prestazione (art. 47-*bis*, comma 2, d.lgs. 81 del 2015), si auspica in dottrina un superamento di un modello di tutela giudicato come profondamente inadatto a proteggere i "nuovi lavori", in quanto esclusivamente basato su una distribuzione secondo il metro della tipologia contrattuale[71].

10. *Segue*. Gli sportivi.

Un altro settore, oggetto di una radicale riforma in tempi recenti (d.lgs. n. 36 del 2021), potrebbe rivelare inedite complessità in materia di salute e sicurezza, anche alla luce della recente introduzione dello sport in Costituzione (l. cost. n. 1/2023).

Prima della riforma, in assenza di una disposizione generale *ad hoc* e salvo quanto previsto in tema di sorveglianza sanitaria, nei settori professionistici si postulava l'applicazione "normale" dell'art. 2087 c.c. e della disciplina specialistica[72], in quanto non oggetto di deroga ai sensi degli artt. 4 e ss. della l. n. 91 del 1981[73]. Tuttavia, le collaborazioni coordinate sportive nei (pochi) settori professionistici rappresentavano una ipotesi quasi di scuola. Nel regime del d.lgs. 626 del 1994, che già a partire dalla definizione generale di lavoratore escludeva il lavoro autonomo dal proprio campo di applicazione, si sarebbero posti ben pochi problemi di sicurezza.

Di contro, nei settori dilettantistici, la natura ibrida dei "collaboratori sportivi di natura non professionale", a metà strada tra lavoro e volontariato, non aveva consentito un assestamento della materia, restando dubbio se potessero essere annoverati tra i soggetti equiparati anche ai fini dell'art. 2. Secondo una condivisibile lettura a questi collaboratori sportivi, per effetto dell'art. 3, comma 12-*bis*, del d.lgs. n. 81 del 2008, avrebbe trovato applicazione il solo art. 21.

---

70 Vedi S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 179. Cfr. P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro*, cit., pp. 37 ss., e cfr. pure M. BIASI, *op. cit.*, pp. 841-847.

71 Sono ancora attuali le osservazioni di A. DELOGU, *Salute, sicurezza*, cit., pp. 62 ss.

72 Cfr. sul punto M. PITTALIS, *Sport e diritto,* Cedam, Padova, 2023, pp. 200 ss. Si leggano anche M.T. SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo,* Giappichelli, Torino, 2012, pp. 124 ss.; L.M. DENTICI, *Il lavoro sportivo tra professionismo e dilettantismo: profili di diritto interno e comunitario,* in *Eur. dir. priv.*, n. 4, 2009, pp. 1059 ss., *ivi* p. 11; e M. LANOTTE, *Infortunio del calciatore, obblighi di sorveglianza sanitaria e profili di responsabilità civile*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 236.

73 M. DELL'OLIO, *Il rapporto di lavoro dell'atleta professionista nella legislazione italiana, tra autonomia e subordinazione*, Relazione al seminario "Il diritto del lavoro sportivo: comparazione tra ordinamento italiano e brasiliano", IUSM – Roma, 2-3 maggio 2001, dattiloscritto.

Il legislatore della riforma con cui il lavoro ha fatto breccia nell'ordinamento sportivo ha reso la collaborazione coordinata la "forma comune" del rapporto di lavoro sportivo nei settori dilettantistici (art. 28, d.lgs. n. 36 del 2021[74]). Il legislatore ha dettato una presunzione legale, dagli effetti non chiari ma con ogni probabilità solo relativa, ai sensi della quale la collaborazione si presume coordinata, *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., se ricorrano due condizioni: se la sua durata non superi le ventiquattro ore settimanali[75], escluso il tempo dedicato alla partecipazione a manifestazioni sportive; e se le prestazioni oggetto del contratto risultano coordinate sotto il profilo tecnico-sportivo, in osservanza dei regolamenti delle Federazioni sportive nazionali, delle Discipline sportive associate e degli Enti di promozione sportiva, anche paralimpici. Al di là della questione qualificatoria, si pongono più specifici problemi in materia di salute e sicurezza da leggere e comprendere nell'ambito del disegno complessivo della riforma.

Gli art. 32 e art. 33, comma 1, d.lgs. n. 36/2021, intervengono sulla materia, disponendo regole generali e uniformi per tutti i lavoratori dell'art. 25, in materia di «controlli sanitari» (senza pregiudizio per l'art. 41, d.lgs. n. 81 del 2008) e di «sicurezza» (termine che, a giudicare dal contenuto della norma, sembra *incredibilmente* riferito tanto alla materia della prevenzione, quanto alla "sicurezza sociale"). L'art. 33, in particolare, dispone che ai lavoratori sportivi «si applicano le disposizioni in vigore in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, in quanto compatibili con le modalità della prestazione sportiva». La stessa norma precisa poi che «ai lavoratori sportivi che ricevono compensi annualmente non superiori ai cinquemila euro si applicano le disposizioni dell'articolo 21, comma 2, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81». Queste due parti della disposizione destano perplessità per varie ragioni.

In primo luogo, il riferimento all'art. 21 appare disancorato dal regime dell'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2008. Infatti, la norma mutua il limite quantitativo dei cinquemila euro valevole ai fini previdenziali (art. 44 comma 2, d.l. 269 del 2003). Si tratta, con ogni evidenza, di un criterio problematico perché l'entità effettiva del compenso è verificabile in concreto solamente *ex post*, ciò che è notoriamente incompatibile con l'esigenza di prevenzione da cui l'intera materia è innervata, con la conseguente necessità di conoscere in anticipo obblighi e vincoli. D'altra parte, volendo interpretare alla lettera il disposto della norma, si dovrebbe ritenere che un collaboratore coordinato sportivo "interno" (o, per come la norma è scritta, anche un lavoratore subordinato), solo perché accetti un accordo che prevede un compenso – e forse il termine è inteso a escludere il lavoro subordinato (ma cfr. 2121 c.c.) – inferiore ai cinquemila euro, non ha diritto alla generalità delle protezioni, invece dovute in base all'art. 3, comma 7,

74 Le prime esperienze di contrattazione collettiva del settore sembrano confermare questa impressione. Cfr. l'accordo collettivo FIGC-LND-AIC 2023, applicabile al rapporto di lavoro di calciatori e calciatrici, il cui art. 2 così recita: «il rapporto di lavoro sportivo nell'area del dilettantismo dell'art. 28, d.lgs. 36 del 2021, si costituisce con la stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa [...]». Lo stesso accordo collettivo prevede che la Società deve fornire attrezzature idonee alla preparazione atletica e si impegna a «mettere a disposizione un ambiente consono alla sua dignità professionale» (art. 8.1).

75 Cfr. art. 1, comma 20, lett. a, d.lgs. n. 120/2023.

del d.lgs. n. 81 del 2008. La disposizione sembra allora comportare un grave arretramento di tutela che contrasta con i principi costituzionali (artt. 3, 32 e 35 Cost.). Si tratta di una previsione che, inoltre, contraddice il comma 1-*bis* dell'art. 25, d.lgs. n. 36 del 2021, ai sensi del quale «la disciplina del lavoro sportivo è posta a tutela della dignità dei lavoratori», ancorché «nel rispetto del principio di specificità dello sport». Se è vero che la dignità è «diritto composito nel quale si innervano le fondamentali garanzie della personalità umana non riducibili nel diritto alla salute» ma comprensive di esso[76], in questo caso, a parità di condizioni, è la sola entità del compenso a determinare il modo attraverso il quale si tutela l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro. Si potrebbe parlare criticamente di una nuova forma di "monetizzazione del rischio", non nel senso tradizionale dell'espressione, ma con riferimento all'utilizzo di un criterio monetario per selezionare le norme a tutela della salute. Il legislatore aveva forse il diverso obiettivo di intercettare il lavoro autonomo cosiddetto "occasionale", quindi rapporti verosimilmente – ma non sempre e comunque – riconducibili al contratto d'opera *ex* art. 2222 c.c.; tuttavia, se così fosse, la norma non avrebbe alcun effetto innovativo, atteso che comunque a tali rapporti l'art. 21 avrebbe già trovato applicazione.

In secondo luogo, occorre sottolineare che l'inciso «in quanto compatibili con le modalità della prestazione sportiva», se da una parte segnala la necessità di non tralasciare le specificità della attività sportiva (non solo di quella dell'atleta)[77] e, perciò, potrebbe essere considerato espressivo del criterio prevenzionistico della «particolarità del lavoro» (cfr. art. 2087 c.c. e art. 2, comma 1, lett. n, d.lgs. 81 del 2008), d'altra parte è fonte di una pericolosa incertezza applicativa che sacrifica oltremodo il principio di tassatività in materia penale. Il principio appena richiamato, in altri settori dove le necessità di adattamento della disciplina sono parimenti pressanti e analogo è il profilo di specialità incentrato sulle caratteristiche del rischio considerato (art. 3, comma 1: polizia, forze armate, vigili del fuoco, etc), è garantito attraverso il rinvio a decreti ministeriali. Un'analoga tecnica nello sport, considerato anche il

76 P. ALBI, *Adempimento*, cit., p. 57.

77 Alcune di queste peculiarità sono già contemplate dal d.lgs. 81 del 2008. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 74, comma 2, lett. e), non costituiscono dispositivi di protezione individuale «i materiali sportivi quando utilizzati a fini specificamente sportivi e non per attività lavorative». Inoltre, la valutazione dei rischi è peculiare, se si ragioni sulle caratteristiche del "rischio sportivo", in massima parte esogeno; rischio che non sembra agevolmente e sempre riconducibile alle «tipologie di rischio» valutabili (art. 3, comma 1, e art. 28, comma 1, d.lgs. 81 del 2008), in quanto è, nei limiti dell'esecuzione della performance atletica, accettato e connaturato a quel particolare frangente della prestazione; di talché è immaginabile una responsabilità del committente solamente a fronte di un aggravamento specifico del rischio normale dello sportivo. Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 23 aprile 2015, n. 8297. Si pensi poi al fatto che la prestazione sportiva è in alcune fasi eseguita in luoghi di cui il committente non ha la disponibilità giuridica (il campo avversario), ipotesi da risolvere alla luce dei principi della responsabilità extracontrattuale, *ex* art. 2043 c.c., degli organizzatori degli eventi sportivi chiamati a garantire la sicurezza e l'incolumità dei gareggianti. Cfr. Trib. Sulmona, 27 febbraio 2018, n. 65; e Cass., 28 luglio 2017, n. 18902. Si legga B. BERTINI, *La responsabilità sportiva,* Giuffrè, Milano, 2002; parz. diff. A. LEPORE, *La responsabilità extracontrattuale nei confronti degli atleti e dei terzi: gli artt. 2050 c.c. e 2049 c.c.*, in L. DI NELLA-E. INDRACCOLO-A. LEPORE-P. DEL VECCHIO-S. PALAZZI (a cura di), *Manuale di diritto dello sport,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 379-380. Si pensi ancora agli obblighi di cura di sé stesso che possono pendere sull'atleta al fine di preservare il proprio benessere o alla peculiare intensità del diritto all'esecuzione della prestazione di lavoro.

fondamentale ruolo regolatorio delle istituzioni sportive (soprattutto CONI e Federazioni), sarebbe stata opportuna[78].

78 Sarebbe stato opportuno, in altri termini, valorizzare l'apporto degli attori istituzionali del sistema-sport come fatto nell'art. 32 del d.lgs. 36 del 2021 e, in precedenza, durante il periodo dell'emergenza da Covid-19. Cfr., ad esempio, il "Protocollo applicativo di sicurezza, 24 maggio 2020" della Federazione Italiana Danza Sportiva.

PINO SANTORO E IL "SISTEMA" DEL DIRITTO SINDACALE ITALIANO: ALLA RICERCA DI (NUOVI) BARICENTRI E (NUOVE?) FUNZIONI*

Lorenzo Zoppoli

Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

ABSTRACT: Il saggio, nell'analizzare la corposa produzione scientifica di diritto sindacale di Giuseppe Santoro-Passarelli, affronta criticamente i principali passaggi chiave del diritto positivo e vivente nonché della contrattazione collettiva interconfederale. Nell'indagare il metodo e gli obiettivi che lo studioso del diritto del lavoro e sindacale dovrebbe porre a base delle sue ricerche, sottolinea l'attenzione di Santoro-Passarelli alla funzione di protezione della parte debole del rapporto di lavoro – la tutela della dignità della persona che lavora – come esempio vivo di un possibile approccio sistematico alla materia giuslavoristica.

ABSTRACT: The essay, by analyzing the outstanding scientific production of Giuseppe Santoro-Passarelli about trade union law, critically addresses the main key passages of positive and living law as well as inter-confederal collective bargaining. In investigating the method and objectives that every scholar of labour and trade union law should base his research on, the essay underlines Santoro-Passarelli's attention to the function of protecting the weaker part in contractual relationship - the protection of the dignity of every person involved in working activities - as a vivid example of a possible, systematic approach towards the entire labour law.

«Non ci faremo incantare dalla civiltà dei frigoriferi e dei televisori»

(Giorgio Amendola)

SOMMARIO: 1. La corposa produzione scientifica di Pino Santoro-Passarelli su sindacato, contratto e conflitto: tempi, contenuti e metodo. – **2.** Alcune domande cruciali: com'era e come cambia il nostro diritto sindacale? Quali nuovi sembianze assume la tensione tra "forma e realtà"? Quale il ruolo del giuslavorista? – **3.** La originaria adesione al sistema basato su cinque "forze motrici" in fuga dal "baricentro" legislativo. – **4.** Pino Santoro dinanzi alla "riscossa" legislativa. – **5.** Il legislatore neoliberista e i rischi di una legislazione che frammenta e destruttura il diritto sindacale: la critica di Santoro ai contratti di prossimità e le sue proposte moderatamente "conservatrici". – **6.** Le opinioni di Santoro sulla giurisprudenza costituzionale del 2013, il testo unico del 2014 e il patto della fabbrica del 2018. – **7.** La

coerenza sistematica di Pino Santoro nella disciplina del conflitto. – **8.** Le funzioni del diritto del lavoro e il ruolo sistematico del giurista.

1. La corposa produzione scientifica di Pino Santoro-Passarelli su sindacato, contratto e conflitto: tempi, contenuti e metodo.

Come è stato da più parti rilevato, Pino Santoro può vantare una produzione scientifica molto vasta, in particolare in materia di sindacato, contratto collettivo e conflitto. In 45 anni – dal 1976 al 2021 – ha pubblicato in media un saggio all'anno in materia di diritto sindacale, coprendo un totale di circa mille pagine che sono quasi il 50% della sua *opera omnia* raccolta nei quattro tomi pubblicati da Giappichelli nel 2006 (i primi due), nel 2018 e nel 2022 (qualcosa è stato poi pubblicato anche nel 2023, ma non in materia sindacale)[1]. I temi trattati sono tantissimi, finendo per toccare la quasi totalità della complessa disciplina italiana – e non solo italiana – del fenomeno sindacale in tutte le sue manifestazioni. Leggere i suoi scritti equivale ad immergersi nel flusso tumultuoso e affascinante in cui si è venuta forgiando una dimensione ordinamentale del tutto peculiare, sicuramente costituita da un tessuto culturale e normativo a più strati, con una miscela di dogmatismi tanto ideologici quanto tecnici unita ad una tensione verso soluzioni regolative spesso originali e capaci di mantenere il contatto con il fenomeno sindacale nel suo concreto divenire. Pochi come Pino Santoro nuotavano in questo flusso con padronanza e disinvoltura sorprendenti, addirittura con una leggerezza inversamente proporzionale alla gravità/complessità dei problemi da risolvere. Ma c'era poco da sorprendersi: quel flusso per Pino non solo era alimento assimilato dalla nascita, ma in esso aveva mosso i primi passi di studioso e fatto le scelte fondamentali per costruirsi la sua comunità accademica. Giugni, Persiani, Dell'Olio, Scognamiglio, Romagnoli, De Luca Tamajo, Rusciano, Carinci erano per lui frequentazioni quasi quotidiane: come dire che la sua era una di quelle intelligenze da cui il flusso vitale del diritto sindacale italiano addirittura scaturiva.

Alcuni suoi contributi in materia hanno alimentato il dibattito al livello teorico più alto possibile, a partire dai principi costituzionali, che per Pino sono l'*alfa* e l'*omega* dei suoi ragionamenti giuridici, e da quelli del diritto dei contratti. Con riguardo al piano costituzionale di particolare interesse è la sua tesi "giovanile" della libertà sindacale degli imprenditori da non ricondurre all'art. 39, comma 1, Cost. rimasta minoritaria, ma sempre attuale da leggere in quanto saldamente ancorata ad una accurata ricostruzione della genesi sostanzialista delle tutele giuridiche. Sul piano dei principi civilistici mi pare da segnalare in modo particolare la sua rigorosissima ricostruzione civilistica della clausola di rinvio – presente, pur con diversi contenuti, nella contrattazione collettiva come nel contratto individuale – al fine di giustificare l'efficacia soggettiva estensiva del contratto collettivo. Tale efficacia viene esclusa perché quella clausola ha spesso contenuti generici e va ad infrangersi contro il principio – da lui

1*Il presente scritto riproduce la relazione tenutasi al convegno dal titolo "In ricordo di Pino Santoro-Passarelli, nel giorno del suo compleanno - Sindacato, contratto e conflitto", Roma, Sapienza Università di Roma, 6 ottobre 2023.

V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoro e civiltà digitale,* in *Riv. giur. lav.*, 2023, n. 1, p. 53 ss.

difeso in modo fermissimo – della «determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione» che «esprime […] una fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale e, in altri termini, una esigenza che le parti siano in grado di conoscere quale impegno assumono»[2].

Ma si tratta solo di alcuni dei mille esempi che si potrebbero fare cogliendo fior da fiore nella sterminata produzione santoriana. Io vorrei privilegiare un altro modo per riattraversare insieme a voi gli studi di Pino in questa materia, ancora oggi tanto intricata quanto affascinante. Vorrei cioè interrogare i suoi scritti con riguardo alle risposte che Pino ha dato non solo e non tanto sul piano teorico, ma su quello delle crisi di sistema che il diritto sindacale italiano ha vissuto spesso e volentieri, ma in particolare durante l'arco temporale in cui Santoro lo ha studiato. Non credo che questa angolazione sia una mia scelta arbitraria (anche se confesso di averla praticata con convinzione in varie altre occasioni). Essa viene invece quasi naturale se si hanno presenti le premesse metodologiche poste dallo stesso Santoro a base della sua ricerca. E mi riferisco, come tanti hanno già fatto, ai richiami ad Ascarelli e a Giugni soprattutto, attraverso i quali Santoro impianta la ricerca giuridica tra due ambiti distinti – la forma giuridica, da un lato, e la realtà sociale, dall'altro – che però lo studioso rigoroso ed equilibrato deve fare in modo da tenere in costante contatto. Se non riesce la conseguenza è grave: o ci si perde in inutili astrazioni (in cui il giurista diventa altro: un moralista, un profeta, una controfigura del politico o, nella migliore delle ipotesi, un politico vero e proprio) o si diventa meri fotografi di fenomeni estranei al diritto, rinunciando a rendere operativo uno dei pochi apparati tecnico-concettuali in grado di garantire un certo grado di convivenza sociale, pacifica e non effimera.

Negli studi di Pino sul fenomeno sindacale il richiamo alla realtà è immancabile. Non manca nemmeno però un risvolto problematico e di grande interesse soprattutto in ordine alla questione cruciale di quale rapporto, secondo Pino, vi sia tra la o le realtà e le "forme", dove per forma si può certo intendere la riconduzione della realtà all'interno di un'altra dimensione, quella delle regole giuridiche (anch'esse per la verità spesso assai reali, ma altrettanto spesso puramente cartacee), oppure, e forse meglio, la ricostruzione della realtà (di una ben definita realtà) con l'uso di determinati concetti, ricostruiti in modo formalmente rigoroso (cioè con l'uso delle categorie proprie alla scienza giuridica nelle sue molteplici manifestazioni).

Ne vengono fuori molti possibili percorsi di lettura, attraverso i quali si può capire quale utilizzo fa Pino Santoro dei tanti strumenti che il giuslavorista, ma in genere il giurista e lo studioso, ha a disposizione nei diversi momenti storici per conoscere la realtà dalla quale prendere le mosse: ma anche distinguere realtà e prassi, descrizione dei fatti e consapevolezza dei fatti (dove la realtà si soggettivizza, invade il soggetto e diventa "realismo"), giudizio fenomenico e giudizio valoriale, dove l'analisi dei fatti confina con il registrare una distanza tra l'esistente ed il voluto, anche e soprattutto quando il voluto si traduce in principi giuridici con i quali il giurista vorrebbe correggere una realtà che gli appare in qualche modo sbagliata.

Un altro aspetto poi colpisce molto guardando alla produzione scientifica complessiva di Pino: gli anni penetrano profondamente nell'equilibrio metodologico ed espositivo, dando diversi significati ad identici termini, trasformando l'attenzione alla realtà – e la sua durezza – in qualcosa d'altro, che in qualche modo esalta la tentazione di influenzare la realtà attraverso

2 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, Giappichelli, Torino, 2018, p. 87, nt. 29.

la forma o le forme, che è anche un po' dire che tutto diventa più mobile, la realtà e la forma. Nel senso che la realtà non è più un dato immodificabile e la forma non è più un insieme di regole o categorie del tutto fisse e definite; piuttosto la realtà appare mutevole e condizionabile e, correlativamente, la forma assume sempre più le sembianze di una progettualità regolativa o normativa, che, potendo essere uno dei fattori di trasformazione della realtà, può anche assumere sembianze parzialmente nuove e, comunque, enormemente dinamiche.

In questo credo che Pino Santoro condivida la tensione di tutti noi lavoristi, il nostro muoverci tra la fedeltà al giurista interprete e la tentazione di confrontarci con chi il diritto lo crea. Tensione e tentazioni crescenti, che confondono e contaminano i ruoli. Ma rispetto ai quali il nostro compito è proprio mantenere i confini, le distanze, i ruoli.

Gli scritti giuridici di Pino ci riescono benissimo. In questo concordo con Stefano Bellomo: Pino interpreta al meglio la tradizione giuridica italiana, la fedeltà ad un modello di pensiero rigorosamente giuridico, dove la ricostruzione e l'interpretazione non devono mai confondersi con la proposta di politica del diritto. Come egli stesso scrive, quando si analizzano ipotesi di riforma legislativa – e sempre più spesso siamo chiamati a farlo – occorre mantenersi in un equilibrio difficile tra «discorso ottativo [...] e considerazioni esegetiche», verificando «l'incidenza della nuova normativa sui principi, le categorie giuridiche e la prassi»[3].

Comunque, negli studi di Pino Santoro-Passarelli la realtà è, all'inizio, la prassi politica del sindacato, che, come si diceva, viene qualificata giuridicamente come autotutela e negata agli imprenditori. Il discorso è originale e suggestivo, nonché molto critico anche con grandi Maestri della nostra materia come Giuseppe Pera e Umberto Romagnoli. Il metodo è una costruzione giuridica che assume la categoria interpretativa essenzialmente dalla prassi politico-sindacale. La vera realtà sembra ricercata fuori dal mondo sistematico delle norme di diritto statuale o sovrastatuale, che infatti non vengono tutte considerate nella sua ricostruzione. Ed è la ragione per cui la sua proposta interpretativa verrà puntigliosamente criticata: ma essa, oltre ad essere originale, coglieva un'asimmetria reale e provava a trasferirla nella concettualizzazione giuridica. E sono i motivi per cui quel saggio rimane, ancora oggi, un riferimento costante. Non sempre le proposte di regolazione della rappresentanza delle imprese nelle relazioni sindacali tengono conto di questo saggio[4].

L'impostazione muta sensibilmente nel saggio del 1980 sui rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, nel quale Santoro affronta la complicatissima questione dei rapporti interni alle organizzazioni sindacali plurilivello.

L'esperienza sindacale viene indagata nel suo intrecciarsi con il mondo delle forme statuali, dove può assumere diversi significati ed essere spiegata in modi anche altrettanto diversificati[5]. Di notevole interesse è l'osservazione relativa al reciproco condizionamento di esperienze sindacali ed incertezze giurisprudenziali, dove si osserva che le oscillazioni giurisprudenziali «non dipendono soltanto dall'evoluzione dei principi [...] ma anche da una

3 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 110.

4 Ma v. le interessanti considerazioni di V. PAPA, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, Torino, 2017.

5 Molto conta l'angolo di osservazione, che va dialetticamente polarizzandosi tra giuridico e politico-sindacale: v. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p. 128.

contraddizione che caratterizza l'esperienza sindacale italiana [...] incerta tra il valore da attribuire all'iniziativa diretta dei lavoratori e la tendenza sempre viva del sindacato a organizzarsi dall'alto in basso»[6]. L'analisi giuridica assume comunque connotati più rigorosamente monordinamentali, con la conseguenza che il piano giuridico e quello politico-sindacale non si incrociano; o meglio appare accantonata l'ipotesi euristica più complessa che consegue all'assumere nel lavoro dell'interprete il compito di cimentarsi con la costruzione giuridicamente solida di un determinato assetto delle relazioni sindacali. In quegli anni – siamo alla fine dei famigerati "settanta" – la spinta delle principali forze sociali era verso un considerevole accentramento della contrattazione, spinta non certo favorita dalla resa di Pino Santoro al criterio cronologico come criterio risolutivo del concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello. La risposta di Pino dipende in buona sostanza dalla convinzione che per centralizzare occorre una legge: e su questa convinzione di fondo si arresta anche la sua adesione alla ricostruzione dell'organizzazione sindacale proposta da Dell'Olio che, attribuendo all'organo periferico la veste di un *officium*, lo avrebbe privato di un autonomo potere negoziale. A questa ricostruzione Pino contrappone un dato che, in quegli anni, è tratto dall'esperienza sindacale: la revocabilità da parte dei singoli lavoratori del mandato a negoziare a livello decentrato e quindi la fonte non sindacale della legittimazione dell'agente contrattuale periferico. Riguardato in positivo quel dato di esperienza poteva tradursi in una proposta di intervento sulla regolazione sindacale dei soggetti della contrattazione decentrata.

Questo passaggio alla progettualità di Pino Santoro lo si coglie bene nella relazione all'AIDLaSS del 1989. Tornando ad affrontare sistematicamente la questione della rappresentatività, Pino innanzitutto sottolinea – sulla falsariga di Federico Mancini – una contraddizione di fondo nell'art. 39 Cost., cioè il contrasto tra l'oggettività della categoria professionale e la dimensione soggettiva della libertà sindacale, un *leit motiv* della sua elaborazione piuttosto scettica in ordine alla prospettiva di un'ampia disciplina legale della rappresentatività e del sistema contrattuale che possa anche essere rispettosa delle dinamiche interne al mondo sindacale. La questione, come si sa, è tra le più attuali. Da tutti i più recenti tentativi di riprogettare una legge sindacale emerge prepotentemente la necessità di definire preventivamente l'ambito entro cui deve svolgersi la contrattazione nazionale, ovvero i confini della categoria, che costituisce un *prius* anche per regolare in modo certo la rappresentatività dei soggetti legittimati a negoziare tanto in rappresentanza delle imprese quanto in rappresentanza dei lavoratori. Si tratta di uno di quei problemi antichi che non ci abbandonano e sui quali occorrerebbe un passo decisivo in avanti. Anche la progressiva proliferazione dei contratti nazionali è infatti emblematica di un "bisogno" di regolazione collettiva, magari tarata su realtà minori ma non necessariamente da reprimere, perché quel bisogno forse non trova risposte né nella tradizionale contrattazione di categoria né in quella aziendale. In ogni caso la dottrina è ancora chiamata a fornire spunti per risolvere il problema della strumentazione regolativa che consenta di reintrodurre un ordine in questa moltiplicazione di contratti eterogenei (e poco convincono le recenti proposte di tornare ad un uso generico della nozione di maggiore rappresentatività da affidare in definitiva ancora una volta ai giudici). Pino su questa tematica eviterà di esprimere nuovamente la sua opinione: specificamente,

6 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p. 131.

riaffrontando il nodo del contrasto tra art. 39, comma 1, Cost. e disciplina della rappresentatività sindacale ai fini della regolazione del sistema contrattuale. O almeno io non ne ho trovato ulteriore traccia significativa nei suoi scritti. Per cui è giusto continuare a considerare il suo pensiero nella scia di quello di Mancini: una scia che, a mio parere, è diventata un cono d'ombra in cui il sistema sindacale italiano rischia di diventare una giungla inestricabile.

Su un altro versante, Pino al fine di affrontare i numerosi problemi di efficacia soggettiva della contrattazione che già a fine degli anni '80 ha da tempo cessato di essere solo acquisitiva, mutua la categoria giuridica risolutiva – cioè la gestione accorpata delle relazioni di lavoro – dalla dottrina di Dell'Olio. Ma ben chiara gli è la limitata forza pratica di quella concettualizzazione che nulla può contro lo sgretolarsi della rappresentatività (una categoria che a Pino non piace perché rende il sindacato soggetto essenzialmente politico). Qui emerge la consapevolezza del ruolo angusto lasciato dall'incedere caotico dei fatti al giurista interprete. Pino fa allora appello alla progettualità regolativa, spostando l'obiettivo di un soddisfacente assestamento formale ad una realtà futura. La sua attenzione è prevalentemente rivolta verso una progettualità legislativa, in una notevole sintonia con la proposta di politica del diritto formulata da Mario Rusciano più o meno in quello stesso periodo[7]. A leggere questi scritti già sembra quasi esaurita la fiducia – che altri come Tiziano Treu invece ancora nutrivano – in una prassi che riesca autonomamente a darsi forma, soprattutto perché, dopo lo Statuto, ha acquisito prevalenza il volto istituzionale delle organizzazioni sindacali. Però la realtà (specie quella sedimentata) non va ignorata nel progettare nuove regole: e infatti le regole legislative che Pino Santoro ritiene preferibili dovrebbero essere minime e riguardare essenzialmente il livello aziendale. Santoro sposa al riguardo un pragmatismo che mitiga il normativismo, inducendolo ad apprezzare la proposta formulata in quegli anni da Gino Giugni a completamento di un disegno statutario di cui si riconosce l'insufficienza. Ma quella proposta si scontrerà con una realtà meno pragmatica (più ideologica: non si vuole trasformare il livello prevalente dell'azione sindacale dal nazionale all'aziendale) e meno normativista (favorevole a un 'autoregolazione, anche se ovviamente limitata).

Su questo scenario compare poco dopo un'innovazione legislativa – introdotta con la privatizzazione del lavoro pubblico del '93-98 e analizzata da Pino Santoro in un successivo saggio del 1999 – che a Pino appare troppo "potente": la contrattazione collettiva che da libertà negoziale si fa «potere normativo riconosciuto dall'ordinamento»[8]. Pino mi dà atto che ho guardato in volto questa potenza nascente[9], che lui è anche disposto ad ammettere (o subire) nel lavoro pubblico. Ma trova questa "forma" in palese contraddizione con la realtà (e la tradizione) della contrattazione collettiva del settore privato.

Per cui, analizzando il d.d.l. Gasperoni del 1998 – che attinge a piene mani all'ancora fresca disciplina del lavoro pubblico per proporre un'ampia legislazione sul sistema contrattuale privato – continua a consigliare con coerenza un progetto minimalista (l'efficacia *erga omnes* dell'accordo aziendale). Questa volta i suoi giudizi si fanno esplicitamente di valore, in quanto

7 Ma sin da M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Eges, Torino, 1984.
8 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p. 123.
9 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p.123, nt. 6.

basati sulla ricostruzione dei vincoli derivanti dalla realtà vista essenzialmente a partire dagli interessi che, a suo parere, contrasterebbero una legge dal più vasto spettro applicativo[10].

Lungo questa strada si profila però il rischio che la forma – qui colta allo stato nascente, cioè ancora da forgiare anche nel confronto con la progettualità dell'interprete – prenda il sopravvento su una realtà, che sfugge nei suoi termini dinamici di attualità quotidiana e assume l'aspetto della tradizione e degli interessi consolidati. Nulla di male. Ma la dialettica con cui si confronta lo studioso diventa un'altra: e resta il problema, assai serio, di come essere ragionevolmente certi che la realtà da cui si parte – una realtà che accade di certo sotto i nostri occhi, ma che, proprio per il suo magmatico fluire, si può spesso solo intuire e non fotografare con la necessaria nitidezza – sia ricompresa nella rappresentazione di tradizione e interessi su cui lavora il giurista progettuale.

Che i valori ricompaiono prepotenti nell'oggetto specifico di studio del giuslavorista, Pino lo mette molto bene in luce nei saggi sull'interpretazione dei contratti collettivi, specie in quello in cui analizza, con qualche sconcerto, le note sentenze della Cassazione del 2001, n. 15317, e del 2002, n. 9638.

2. Alcune domande cruciali: com'era e come cambia il nostro diritto sindacale? Quali nuovi sembianze assume la tensione tra "forma e realtà"? Quale il ruolo del giuslavorista?

La riflessione complessiva di Santoro fino agli inizi del nuovo millennio ripercorre come si è visto buona parte della storia degli istituti giuridici portanti del diritto sindacale italiano e consente plasticamente allo studioso di oggi di collocarsi tra vecchio e nuovo diritto, focalizzando i problemi antichi che attendono ancora oggi soluzioni pur avendone avute varie nel corso dei decenni. Forse la maggiore delle tante singolarità del nostro diritto sindacale è attualmente questa: mutevolissimo se si volge lo sguardo a dieci/venti anni fa, ma inesorabile nel riproporci sempre gli stessi nodi problematici da almeno quarant'anni a questa parte, divenuti via via sempre meno facilmente districabili. L'ennesimo ossimoro, un immobilismo di fondo che guardato da vicino appare percorso da un accelerato dinamismo, produttore di incertezza, instabilità, imprevedibilità degli assetti regolativi di volta in volta raggiunti con enorme dispendio di energie istituzionali, intellettuali e, spesso, fisiche. Santoro coglie tutto questo in modo esemplare: i temi di diritto sindacale affrontati con consumata maestria – libertà sindacale, rappresentatività/rappresentanza, contratto collettivo/sistema di contrattazione/disciplina del conflitto – sono quelli centrali almeno da quando è entrata in vigore la Carta Costituzionale del 1948.

C'è dunque spazio per varie domande cruciali e ambiziosissime negli scritti di Pino. Io vi propongo le seguenti: il diritto che regola la dimensione collettiva (per usare un termine caro a un Maestro come Umberto Romagnoli) è rimasto il medesimo nelle sue forze motrici (ma potremmo anche dire, nei suoi formanti) dall'immediato dopoguerra ad oggi? E, se è cambiato, dove si deve registrare un cambiamento che non sia di dettaglio ma di sistema? E come si ripropone nella riflessione di Pino il travagliato rapporto tra realtà sociale e forma giuridica con il conseguente ruolo del giurista?

10 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p. 125.

3. La originaria adesione al sistema basato su cinque "forze motrici" in fuga dal "baricentro" legislativo.

Per provare a fornire qualche risposta, utilizzerei ora una prospettiva un po' distanziata dalle singole contingenze, che ho già praticato proficuamente e che incrocia sicuramente lo sguardo di Pino Santoro. A una distanza, per così dire di sicurezza, si individuano con chiarezza cinque forze motrici (o formanti) del nostro diritto sindacale post-corporativo: il codice civile; la Costituzione repubblicana; la legislazione speciale; l'autoregolazione sociale; e, *last but not least*, la giurisprudenza, *in primis* delle Alte Corti. In questo mosaico, mutevole quanto complesso, il centro o, se si preferisce un'immagine più dinamica, il baricentro è occupato dalla legislazione speciale.

Direi che il diritto sindacale italiano si è innanzitutto sviluppato fuggendo, per tante note ragioni, da quel baricentro e affidandosi ad un ruolo regolativo prevalentemente incentrato, da un lato, sui giudici e, dall'altro, sulle parti sociali. Gli uni e le altre hanno lavorato attingendo ampiamente, e con una certa libertà, a materiali normativi tratti tanto dalla Costituzione quanto dal codice civile (e in misura minore, seppur non insignificante, dal codice penale: ma questo aspetto riguarda essenzialmente lo sciopero).

L'assetto giussindacale che ne è risultato per vari decenni – dai più considerata la stagione migliore della nostra materia – viene generalmente descritto facendo soprattutto riferimento al collante giugniano della teoria dell'ordinamento intersindacale. In realtà tutti i formanti – anche dottrinali – del diritto sindacale del secolo scorso convergevano verso una marginalizzazione del baricentro legislativo. Pino Santoro ai suoi esordi e per un lungo tempo successivo ha condiviso questo approccio, facendo leva soprattutto sulla tradizione civilistica, pur rivisitata tanto con rigore quanto con occhio moderno, ma aderendo *in toto* al modello giugniano visto soprattutto come approccio teorico massimamente rispettoso della realtà sociale. E di questo si ha una riprova in molti dei saggi pubblicati negli anni '80, fino alla relazione AIDLaSS del 1989 e anche oltre[11].

4. Pino Santoro dinanzi alla "riscossa" legislativa.

In effetti il quadro giuridico muta sensibilmente con il graduale superamento del primigenio diritto sindacale, cioè quello basato su un accantonamento di (buona) parte del progetto costituzionale e su un'apparente *abstention of law*. Cogliere i punti di svolta è davvero complesso e non si può dare una risposta secca e storicamente precisa. Tutto dipende da come si considera la lenta ma progressiva "riscossa" del formante legislativo, che a mio parere riporta il diritto sindacale verso quello che a ragionevole distanza appare il suo baricentro originario, cioè la legislazione speciale.

In effetti la "riscossa" comincia più di cinquant'anni fa con lo Statuto dei lavoratori, che si ispira alla formula della legislazione di sostegno all'autonomia collettiva, dove la legge speciale si innesta appunto su un contesto di cui si vuole preservare in massimo grado l'autonomia. Però si tratta di un'autonomia che non è tutta fuori dal diritto statuale: e questo Pino Santoro lo dice bene, inserendosi nel solco dei maestri che ci hanno insegnato che il diritto

11 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, ricorsi e discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Ar. dir. lav.*, 2009, n. 4-5, p. 972 ss. e G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., pp. 194-195.

sindacale poggia al contempo sulle libertà costituzionali e sulle categorie del diritto comune dei contratti[12].

Dallo Statuto si dipana una legislazione sempre più speciale – nel senso di extracodicistica – che via via affastella una disciplina dirigistica, specie in materia salariale (dalla fine degli anni '70), e un florilegio di disposizioni legislative variamente ispirate alla flessibilità che rinviano ad una contrattazione, talora selezionata in ordine ai soggetti legittimati a produrla, ma mantenuta in uno scenario di persistente anomia. Questo singolare assetto – contratto collettivo non regolato da una legge speciale *ad hoc* ma accerchiato[13] da una legislazione che sempre più lo attrae nell'ordinamento generale – dura a lungo. Anche se, con l'affacciarsi della seconda Repubblica, le parti sociali hanno un sussulto di orgoglio e scrivono quella che Giugni chiamò la "costituzione materiale" delle relazioni sindacali: cioè il protocollo del 1992 e i successivi fondamentali accordi interconfederali del 1993, con cui si rifondarono le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro rinverdendo in qualche modo le scelte statutarie. Ma l'accordo del 1993 non escludeva un intervento legislativo. E questo Pino lo riconosce quando scrive, nel saggio già citato del 2009, che «il contratto collettivo nell'esperienza sindacale italiana (sta) seguendo un percorso a tappe verso la sua istituzionalizzazione per la sua mai sopita vocazione ad avere un'efficacia generale»[14]. Da quel momento, infatti, vi furono vari interventi per regolare in modo più strutturale il sistema sindacale. Uno di questi, il più compiuto forse, fu il d.d.l. Gasperoni del 1998 su cui invece come s'è detto, Santoro scrisse parole assai critiche.

Quel disegno comunque fallì. E il perno della Costituzione materiale del diritto sindacale degli anni '90 fu per qualche anno la concertazione. Una concertazione che pure trova tiepido Pino Santoro[15], ma che servì molto ad evitare di affrontare il nodo di una vera e propria legge sindacale, rinviata già da un quarto di secolo e di tanto in tanto riemersa. Proprio all'interno di un governo concertato dell'economia fu possibile infatti cavarsela con una regolazione legislativa del sistema sindacale che mettesse sotto controllo il conflitto solo nei settori dove poteva provocare danni più ampi a tutti (v. la l. n.146/1990 sullo sciopero nei s.p.e.: su cui Pino insieme a Mario Rusciano curò uno dei primi commentari) e che incanalasse, riconoscendola e regolandola, la contrattazione che più incideva sui conti pubblici, cioè quella per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (d.lgs. n. 29/1993 e successive modifiche).

A partire da questo periodo diventa davvero miope raccontare il diritto sindacale italiano come la *no regulation land*. Resta vero, invece, che nel privato il potere normativo viene restituito alle grandi organizzazioni confederali dei lavoratori e degli imprenditori. Santoro

12 V. soprattutto G. VARDARO, *Contrattazione Collettiva e sistema giuridico. Il diritto sindacale tra contratto e istituzione*, Jovene Editore, Napoli, 1984; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Eges, Torino, 1984, e, *in primis*, G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione,* Edizioni di Comunità, Milano, 1967.

13 Viene in mente un bel titolo di un libro di G. BAGLIONI, *L'accerchiamento. Perché si riduce la tutela sindacale tradizionale,* Il Mulino, Bologna, 2008.

14 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 194.

15 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo I, cit., p. 103 ss.

delle due facce del nuovo diritto sindacale guarda soprattutto alla prima, ritenendo il diritto sindacale del lavoro pubblico del tutto sui generis.

La seconda Repubblica nasce comunque all'insegna di una rinnovata sintonia tra sistema politico e sistema sindacale, una sintonia che riesce anche a neutralizzare gli effetti della rottura sindacale di dieci anni prima e un devastante referendum del 1995, che già allora avrebbe potuto minare in profondità il governo centralizzato del sistema contrattuale. In quel periodo però, nel disorientamento della politica, le parti sociali avevano ben chiara la necessità di mantenere al centro del sistema sindacale italiano il contratto collettivo nazionale. Riescono a farlo sostanzialmente da sole, seppure con un non irrilevante aiuto del legislatore che, per individuare quello che oggi si direbbe il contratto *leader* nella determinazione della base di calcolo dei contributi previdenziali, inventa il nuovo criterio selettivo del sindacato comparativamente più rappresentativo in sostituzione del sindacato maggiormente rappresentativo. Tanto sul referendum del 1995 quanto sull'evoluzione dei criteri selettivi della rappresentatività Santoro interviene; come pure sulla importante sentenza n. 244 del 1996, segnalando l'opportunità di un intervento legislativo chiarificatore. L'allarme suscitato dall'esito dei referendum da Santoro viene in qualche modo ridimensionato nella sua dirompenza. In questo la dottrina è pressoché compatta: e tutto continua come prima.

5. Il legislatore neoliberista e i rischi di una legislazione che frammenta e destruttura il diritto sindacale: la critica di Santoro e le sue proposte moderatamente "conservatrici".

La concertazione però è una trama che non resiste al nuovo corso politico che parte con il terzo millennio. Solo dieci anni dopo l'accordo del '93 la concertazione viene infatti seppellita dal secondo Governo Berlusconi, che in realtà agisce ispirandosi a un pensiero neo-liberista che si avvia a diventare egemone in tutte le forze politiche e che può tollerare solo un sindacalismo sintonizzato su logiche di mercato disponibile anche a rivedere i diritti sociali in nome della competitività delle imprese.

Con il nuovo millennio in effetti il sistema politico si appresta a una progressiva estromissione da sé del sistema sindacale. Quest'ultimo – pur non potendo essere "azzerato" in una moderna democrazia liberale ed europea – deve diventare sempre più un "sottosistema" del sistema economico. Il sottosistema deve assumere come proprie le leggi dell'economia di mercato, non come interessi da bilanciare con quelli dei lavoratori, ma come vincoli inderogabili. Sotto questo aspetto la legge riacquista spazio nella regolazione del lavoro, anche nella dimensione collettiva, in quanto strumento utile a mantenere l'azione sindacale dentro i confini di un sistema economico competitivo. Il sindacato deve far funzionare al meglio le imprese, occupandosi meno possibile di questioni politiche più generali. È una questione ideologica, ma è anche una questione di politica concreta: gli eccessi di sindacalizzazione sono nocivi all'economia e allo Stato. Il neoliberismo prospera su questa teoria e su questa pratica. E la legislazione guadagna spazio nel diritto sindacale italiano del nuovo millennio grazie a questa nuova spinta propulsiva. Il sindacato tramonta come veicolo di valori solidaristici non economici o di contropotere in azienda. Il mestiere del sindacato è far funzionare al meglio l'economia di mercato. La legge ora serve a questo.

Non dunque una legislazione di sostegno all'autonomia dei soggetti sociali (anche antagonisti), bensì una legislazione di sostegno al funzionamento concorrenziale delle imprese, meglio se basate sul consenso sociale di un sindacato responsabile. L'allarme viene lanciato presto da settori della dottrina. Pino Santoro in un primo momento non sembra condividere questi rischi, forse perché in passato, come si è visto, ha avallato riforme legislative come quella proposta da Giugni che rafforzava solo il livello aziendale, anche se immaginando di curvarlo al mantenimento degli equilibri generali. Questa posizione appare però nel nuovo quadro politico-economico in piena sintonia con la concezione neo-liberista del sindacato e delle relazioni industriali che emerge progressivamente e conquista la ribalta con il caso Fiat degli anni 2010-2013 e si rafforza nell'ultimo decennio, seppure con significative variabili. Pure in questo nuovo *trend* si mantiene una costante: il ruolo crescente della legislazione speciale. Anzitutto con il d.l. n. 138/2011. I contratti di prossimità esprimono infatti un sostegno legislativo ad una contrattazione con un notevole potenziale di frammentazione dei sistemi regolativi che, se non mira a *bypassare* del tutto la contrattazione collettiva, la rende strumento di un diritto sindacale che dovrebbe sempre più incentrarsi su specifici equilibri aziendali, molto condizionati dalle congiunture economiche, poco sensibili alle mediazioni politiche. Il ruolo del sindacato viene confinato in quella cornice, abilitando il contratto aziendale, dotato di forza legale *ultra partes*, a derogare ai contratti nazionali e alla legge.

Sui contratti di prossimità Pino Santoro interviene con analisi puntuali, persino minuziose, intrecciate con i nuovi assetti delle relazioni sindacali che emergono negli accordi interconfederali del giugno 2011 che poi culmineranno nel testo unico del 2014 che raccoglie il c.d. trittico (gli accordi 2011, 2013 e 2014). Santoro sviluppa analisi che con grande coerenza valorizzano la tensione del sistema sindacale di fatto a potenziare sempre più la contrattazione aziendale però in un quadro di conservazione del governo delle relazioni contrattuali da parte del livello nazionale. Nel serrato confronto tra disciplina autonoma e disciplina eteronoma del 2011, Pino mette puntigliosamente in rilievo le differenze giungendo alla conclusione abbastanza netta di una plurima e grave incostituzionalità della disciplina legislativa del 2011[16]. Egli è comunque ben consapevole che la tecnica della norma inderogabile con sostituzione automatica da fondamento del diritto del lavoro sta diventando un problema[17] soprattutto perché il bene primario da tutelare non sono i contenuti del singolo contratto di lavoro ma «i livelli occupazionali nella misura in cui consentono all'impresa di rimanere sul mercato»[18]. In questa prospettiva, scrive Pino, «il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro […] potrebbe tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali»[19]. Il suo realismo lo porta a non contrastare questa prospettiva. Però avvertendo

16 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., pp. 238-240 soprattutto, ma anche nei saggi successivi.

17 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 257.

18 Ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 257, ma diffusamente.

19 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 258: è un saggio del 2015 (cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, n. 1, p. 61 ss.), come quello successivo in cui si ripetono posizioni analoghe.

con grande forza che «la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume»[20]. Perciò i suoi rilievi sull'incostituzionalità dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 non sembrano puramente rituali, o se si vuole, formali: anzi questo aggettivo, in senso negativo, Pino lo riserva ad argomenti a difesa dell'art. 8, pur autorevolmente prospettati[21]. Si può dunque dire che qui, secondo Pino, la forma giuridica sta allontanandosi troppo dalla realtà sociale, che spezza sì una lancia a favore di un sistema contrattuale con aperture per il contratto aziendale, ma sempre essenzialmente governate dal livello nazionale. Questa posizione non lo porta però a sostenere l'abrogazione dell'art. 8 ad opera del Jobs Act[22]. Posizione che ho condiviso con lui sin dal primo momento, perché fondata su più solide basi giuridiche[23]. Anche per questo la questione della costituzionalità di questa norma, sempre discussa e spesso praticata in modo ambiguo, resta ancora aperta: come ha riconosciuto anche la Corte Costituzionale in una sentenza recentissima[24] ma tutt'altro che risolutiva.

6. Le opinioni di Santoro sulla giurisprudenza costituzionale del 2013, il testo unico del 2014 e il patto della fabbrica del 2018.

La piena affermazione del disegno appena descritto – che si materializza sempre più negli sviluppi del c.d. caso Fiat, in cui si produce il massimo sforzo di negare i diritti sindacali statutari ai sindacati non firmatari del contratto firmato e applicato in azienda – subisce un'inaspettata battuta d'arresto a causa della sentenza della Corte Cost. n. 231/2013, che, pronunciandosi ancora sull'art. 19 Stat. lav., ritiene per la prima volta in contrasto con la libertà sindacale privare di artigli i sindacati più combattivi se forniti comunque di una adeguata capacità rappresentativa in azienda. Pino, in qualità di Presidente dell'AIDLaSS, organizza una tempestiva riflessione in materia. Emergono posizioni diversificate nella dottrina (tra cui la mia). Ma lui che pensa? La Corte sorprende molti. Pino, pur essendosi mantenuto prima della sentenza in prudente attesa, in quel dibattito mostra un certo disappunto. La ragione, sembra di poter dire, è sostanzialmente di metodo: infatti scrive in un primo commento a caldo che la Consulta "salta a piè pari" l'obiezione formulata dalla «dottrina più accreditata» che esclude che «la legittimità di una legge possa essere sindacata sulla base di parametri esterni all'ordinamento»[25]. Il parametro esterno è qui il radicale mutamento nel sistema sindacale di

20 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 258; anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, Giappichelli, Torino, 2022, p. 92.

21 A. MARESCA, *Prime interpretazioni del decreto*, in *Il diario del lavoro*, 25 agosto 2011, p. 1 ss.; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav*., 2011, n. 10, p. 682 ss. v. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 257.

22 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., p. 272.

23 V. L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *Labor*, 2016, n. 1-2, pp. 50-55, spec. 53.

24 Corte cost., 28 marzo 2023, n. 52.

25 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., pp. 197-198.

fatto dove con il famoso caso Fiat gestito da Sergio Marchionne viene frantumata la compattezza del sindacalismo confederale come agente contrattuale. Sotto il profilo strettamente giuridico-statuale Pino ha dalla sua molte ragioni; però non si può non rilevare che qui la Corte attribuisce prevalenza a una certa realtà sociale ritenendo che il dato giuridico-formale deve essere adeguato per non sostenere sviluppi dell'ordinamento di fatto che non tengono conto della rappresentatività sociale di importanti organizzazioni sindacali. Lo sconcerto di Santoro probabilmente va al di là della specifica sentenza. E, seguendo il dipanarsi del suo pensiero, mi è parso di avvertirne un'eco ancora profondo in un successivo saggio del 2021 che, più del solito, rivisita il metodo paterno contestando l'inquadramento del genitore come studioso dogmatico[26]. Pino valorizza soprattutto un'affermazione di Santoro *senior* in cui si dice che il fatto, laddove sorretto dal consenso, può essere produttivo di diritto ben oltre la consuetudine. Su questo tornerò alla fine.

Vero è però che il segnale della Corte con la sentenza n. 231/2013 è essenzialmente di tipo "politico-valoriale". Sul piano del concreto assetto normativo, come lo stesso Santoro rileva, la Corte mette solo un po' di sabbia in un ingranaggio che continua a produrre una legislazione attenta più a confinare il sindacato nel suo ruolo di agente economico che ad attuare in modo equilibrato il dettato costituzionale. Infatti nel 2015 il Jobs Act, pur calibrando variamente i rinvii legislativi alla contrattazione collettiva nella regolazione dei diversi istituti, l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 non impedisce affatto l'aziendalizzazione del sistema contrattuale, anche se non prevede l'efficacia *erga omnes* dei contratti e inserisce il rinvio ai contratti aziendali o territoriali all'interno di un sistema contrattuale plurilivello, anche nazionale, dove ad essere privilegiati sono i contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o dalle loro rappresentanze aziendali. Tutta la legislazione successiva che chiama in causa la contrattazione collettiva si attesta sul rinvio sintetico, ma potente, racchiuso nella formula dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015. E questo nuovo meccanismo non viene neanche scalfito dalle proposte di referendum abrogativo sostenute dalla Cgil nel 2017, che riguardano altri aspetti del Jobs Act e che comunque stavolta vedono la convergenza di Consulta e sistema politico nel depotenziare l'intera iniziativa abrogativa, considerata con evidenza una inopportuna invasione di campo, a conferma di una dequotazione politica dell'azione sindacale[27]. Resta il magro contentino di una proposta di legge popolare della stessa Cgil, che contiene un coerente, seppur pesante, progetto di attuazione dell'art. 39 Cost. e che viene riproposto da Susanna Camusso a titolo personale anche in questa ultima legislazione.

Rispetto a questi sviluppi Pino Santoro interviene poco e in modo diverso dal passato. Dopo il 2015 i suoi interventi sulla contrattazione collettiva si diradano e diventano meno puntuali. L'ultima posizione l'ho ritrovata in un saggio di carattere più generale del 2021, in cui segnala il bisogno di un nuovo Statuto dei lavoratori che «dovrebbe intervenire in materia di rappresentatività sindacale perché solo indicando per legge i criteri di misurazione della stessa

26 G. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia collettiva: da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni*, in *Dir. lav. merc.*, 2021, 3, pp. 689-90. Vedilo anche in G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, cit., pp. 354-5.

27 V. S. STAIANO-A. ZOPPOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

forse si riesce a costruire un sistema ordinato di relazioni sindacali, sia per quanto riguarda l'esercizio dei diritti sindacali, sia con riferimento alla contrattazione collettiva, ma anche in materia di sciopero. La rappresentatività quantificata in base a dati oggettivi eviterebbe a mio avviso la pratica non virtuosa di ben 800 (poi divenuti quasi 1000: nda) contratti collettivi, come risulta dall'archivio del Cnel». E poco dopo aggiunge «il contratto nazionale dovrebbe conservare la funzione solidaristica nella determinazione dei minimi di trattamento economico e normativo, salva la determinazione per legge del salario minimo orario […]. Mentre il contratto aziendale dovrebbe superare inquadramenti ormai risalenti e vetusti e sostituirli con altri in grado di corrispondere alle esigenze di una civiltà telematica»[28]. Quindi Pino ribadisce una posizione ormai decisamente a favore di un intervento legislativo, ma un po' genericamente e senza entrare nel merito delle proposte di legge di origine dottrinale o sindacale. E ribadisce anche, ben consapevole delle sfide della civiltà digitale, la sua fiducia in una contrattazione aziendale che sia veicolo di un maggior raccordo tra tutele e progresso, in specie tecnologico.

Questa posizione non è facile da collocare proprio nella dialettica tra forma giuridica e realtà sociale. Le politiche legislative dell'ultimo quindicennio, infatti, sono ovviamente ancora intrecciate con le dinamiche sindacali gestite direttamente dalle parti sociali, che pure continuano a produrre una ricca e variegata regolazione negoziale. La parte più visibile di questa regolazione culmina, come si è detto, nel c.d. testo unico del 2014 e nel c.d. patto della fabbrica del marzo 2018. Questa autoregolazione è piena di novità in materia di diritto sindacale sia sulle regole di fondo sia su aspetti di dettaglio, ma non si traduce in regole effettive né nella realtà sociale né nel diritto statuale.

Tornando alle domande iniziali che cercano risposte negli scritti di Pino Santoro, mi pare dunque che il vecchio diritto sindacale in fuga dal baricentro legislativo sopravviva da tempo a sé stesso. Stenta però a nascere anche un nuovo diritto sindacale che della legislazione speciale non può fare a meno, ma non può nemmeno basarsi su frammenti di regolazione legislativa che evitano il problema di costruire un nuovo sistema di rappresentanza e contrattazione collettiva. Qui mi sembrano preziose le parole di Pino nel suo ultimo saggio sull'autonomia collettiva dedicate al metodo del padre e di Giugni[29]: «quello che divide il costruttore di una categoria giuridica nuova, come l'autonomia privata collettiva, dal ricercatore di dati social tipici, ossia pretestuali della fenomenologia dell'autonomia collettiva, non può superare ciò che li unisce. Entrambi aderiscono al metodo sistematico, l'unica distinzione riguarda l'oggetto a cui lo applicano». Su queste parole tornerò ancora in conclusione.

7. La coerenza sistematica di Pino Santoro nella disciplina del conflitto.

Pino Santoro, col passare degli anni, si muove dunque sempre più a suo agio nel ricondurre la realtà alle forme ordinate dal legislatore statale (con cui appare in crescente sintonia). Questo si coglie anche meglio in un'altra sua area di interesse: lo sciopero nei servizi essenziali, alla

28 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, cit., p. 120.

29 G. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia collettiva: da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni*, cit., p. 692. Vedilo anche in G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, cit., p. 358.

cui nascente disciplina dedica vari saggi, a partire dal già ricordato commentario curato insieme a Mario Rusciano nel 1991. Negli scritti successivi vengono affrontati molti dei nodi interpretativi più problematici della disciplina del 1990 e delle successive modifiche, fino alla novella del 2000, fornendo sempre soluzioni di grande interesse, equilibrio e realismo. In particolare, due aspetti testimoniano i tratti metodologici che sempre più ha assunto, a mio parere, la riflessione di Pino, cioè un marcato realismo in stretto dialogo con il formante legislativo.

Il primo nodo è quello del valore giuridico della proposta fatta dalla Commissione in mancanza di accordo. Ricostruita, pur con sofferenza, all'inizio tale proposta come priva di valore vincolante[30], in una successiva riflessione, considerando l'esperienza applicativa e la giurisprudenza della Commissione, Pino ritorna sulla questione. Pur mantenendo fermo il suo punto di vista sulla inidoneità della proposta ad assumere la veste di una fonte diretta di vincoli, ne propone l'originale ricostruzione alla stregua di criterio per la valutazione della legittimità delle prestazioni minime garantite, in analogia con l'uso delle tabelle contrattuali salariali usate dai giudici per determinare la retribuzione sufficiente[31]. Si tratta di un estremo sforzo di realistico adattamento della norma alle pratiche difficoltà di una regolazione endosindacale del conflitto, premiato ben sette anni dopo dalla novella del legislatore.

Analogo contributo si rinviene negli studi di Pino riguardo alla configurazione del potere disciplinare utilizzato per la violazione delle regole sullo sciopero: un potere che Pino riconosce in capo al datore di lavoro sottolineandone la natura non meramente sanzionatoria-interna, in ragione della sua funzionalizzazione alla tutela di un interesse pubblico, ma salvaguardando un margine di apprezzamento discrezionale ad opera del medesimo datore di lavoro. Margine di apprezzamento che però viene fortemente mitigato dalla originale ricostruzione interpretativa della valutazione della Commissione come requisito di efficacia della sanzione[32]. Anche questa ricostruzione apre la porta alla novella legislativa che regolerà *in continuum* la prescrizione della Commissione e l'applicazione della sanzione ad opera del datore di lavoro.

Negli ultimi scritti l'accento viene posto su rappresentatività sindacale e conflitto. Pino qui torna ad essere critico verso quella che ritiene una lacuna della legge, manifestando però ampia fiducia in un intervento legislativo sulla rappresentatività dei soggetti sindacali che stipulano gli accordi volti a porre limiti idonei al diritto di sciopero nei servizi essenziali, intervento che come si sa però stenta ad arrivare. Al riguardo ho di recente avuto modo di osservare che nella disciplina del conflitto il diritto sindacale sembra svolgere anche la c.d. "funzione immunizzante", nel senso in cui la intende Niklas Luhmann. Pino forse non ha fatto neanche a tempo a leggere il mio scritto che è uscito sul 2/23 di *Lav. dir.;* e mi dispiace perché proprio

30 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Commento all'art. 2 della legge 12 giugno 1990 n. 146*, in M. RUSCIANO-G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 188-189.

31 Cfr. il saggio G. SANTORO-PASSARELLI, *L'individuazione delle prestazioni indispensabili nella legge n. 146 del 1990*, in *Conflitti sindacali e diritti dei cittadini: composizione degli interessi e regole giuridiche*, in *Not. giur. lav.*, 1993, n. 10, p. 202.

32 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, cit., p. 237.

uno dei suoi ultimi interventi[33] era per me stato testimonianza di come tanto la migliore dottrina quanto importanti attori del conflitto collettivo (Pino scrive quel saggio anche in qualità di Presidente della Commissione di garanzia della l. n. 146/1990) siano ben consapevoli di come la nostra disciplina debba essere letta nella sua evoluzione tenendo conto pure della sua "funzione immunizzante", cioè dell'idoneità non solo e non tanto ad eliminare o a comporre i conflitti di lavoro, ma a rendere gli inevitabili conflitti compatibili con il mantenimento del grado necessario di coesione sociale.

8. Le funzioni del diritto del lavoro e il ruolo sistematico del giurista.

Questo punto ci riconduce alla questione di fondo che ho cercato di affrontare rileggendo la vasta produzione di Pino Santoro, cioè la questione del metodo e degli obiettivi che lo studioso del diritto del lavoro e sindacale deve porre a base delle sue ricerche. Sempre più Pino ha posto l'accento proprio sulle funzioni del diritto del lavoro[34], rivelandosi anche qui in piena sintonia con la sensibilità della dottrina italiana di varie generazioni più attenta ed impegnata nel fornire nuova linfa vitale ai nostri studi. Sintetizzando brutalmente il suo pensiero, egli arriva alla conclusione che la dottrina nel leggere i fenomeni in forte evoluzione deve sempre rispettare «la funzione del diritto del lavoro». Dinanzi a chi sostiene che gli sviluppi più recenti stiano destrutturando la materia o la stiano giustamente rendendo servente (qualcuno direbbe ancillare) alle esigenze di compatibilità economica, la risposta di Pino è che invece occorre leggere le modifiche del diritto del lavoro e sindacale «rilanciando il sistema costituzionale» in cui si rinviene "la" funzione della nostra materia. Inequivocabili le seguenti parole (ripetute in vari scritti): «l'applicazione delle diverse normative in materia di lavoro, che inevitabilmente sono espressione dei diversi contesti geopolitici e sociali, non deve far venire meno quella che, a mio modo di vedere, è la funzione ontologica e, quindi, permanente del diritto del lavoro, o se si preferisce la ragion d'essere della nostra disciplina e, cioè, la protezione della parte debole del rapporto di lavoro e, cioè, la tutela della dignità della parte debole del rapporto di lavoro»[35].

A prescindere dalla condivisibilità di questa impostazione funzionalista, tanto chiara quanto monolitica, su questa premessa è possibile mettere meglio a fuoco quale secondo Pino Santoro deve essere il ruolo del giurista. E il suo pensiero è particolarmente interessante perché mi pare si tratti di un ruolo che trascende persino la dialettica tra forma e realtà, pure tanto spesso evocata non solo in omaggio al pensiero di grandi studiosi anche qui più volte citati.

Quel ruolo lo si può cogliere ancora riferendoci al saggio del 2021, già richiamato, dedicato alle concezioni dell'autonomia collettiva da Francesco Santoro-Passarelli a Giugni. Pino si sofferma sul metodo del padre e su quanti lo ritenevano più un dogmatico che un realista. E riporta un'affermazione quasi incredula del padre: come si può confondere dogma e sistema?

33 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo IV, cit., p. 383 ss.

34 V. la prefazione al G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., della sua *opera omnia*, intitolata appunto "La funzione del diritto del lavoro", del 2018.

35 G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma del diritto,* tomo III, cit., pp. XXVI-XXVII; anche in G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoro e civiltà digitale,* cit., p. 53 ss.

Che guardi al dato formale o a quello fenomenologico il giurista non deve mai perdere di vista l'esigenza di mantenere in vita un "sistema giuridico".

E qui il profilo dei due Santoro, nella chiara distinzione di storia e protagonismo di ciascuno, sembra sovrapporsi nel lasciarci una fondamentale lezione di metodo: pur nell'acuta percezione delle nuove dinamiche in atto il giurista ha un compito unitario, tenere in equilibrio il sistema evitando di restare prigionieri del passato o, al contrario, di venire abbagliati dalle luci del progresso.

EL USO DE DATOS SANITARIOS EN LA UE COMO PALANCA PARA MEJORAR LA SALUD INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia

ABSTRACT (ITA): La frammentazione delle fonti di dati, dei formati e dei sistemi sanitari nazionali ostacola l'elaborazione ottimale delle informazioni, l'EEDS è ambizioso nel senso che mira a promuovere la salute digitale per tutti gli Stati membri e a preparare i sistemi sanitari dell'UE per il futuro digitale. L'EEDS si basa sul regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), sulla proposta di legge sulla governance dei dati, sulla proposta di legge sui dati e sulla direttiva sulla sicurezza informatica. A complemento, il 3 maggio 2022 l'UE ha pubblicato una proposta di regolamento per l'EEDS. La fiducia è un elemento fondamentale dell'EEDS che ha anche la possibilità offerta dal GDPR di promuovere un atto legislativo dell'UE che supporti l'uso dei dati sanitari. Il trattamento dei dati sanitari elettronici per uso secondario è possibile solo per le specifiche finalità previste dal Regolamento. Ricercatori, aziende o istituzioni pubbliche possono accedere solo a dati anonimizzati. Sarà vietato utilizzare i dati per prendere decisioni dannose per le persone o per promuovere prodotti sanitari presso operatori sanitari o pazienti.

ABSTRACT (ENG): the fragmentation of data sources, formats and national health systems hinders optimal information processing, the EEDS is ambitious in the sense that it aims to promote digital health for all Member States and prepare EU health systems for the digital future. The EEDS is based on the General Data Protection Regulation (GDPR), the proposed Data Governance Law, the proposed Data Law and the Cybersecurity Directive. As a complement, the EU published a Regulation Proposal for the EEDS on May 3, 2022. Trust is a basic element of the EEDS that also has the possibility offered by the GDPR to advance an EU legislative act that supports the use of health data. The processing of electronic health data for secondary use is only possible for the specific purposes provided for in the Regulation. Researchers, companies or public institutions can only access anonymized data. Using the data to make decisions that harm people or to promote health products to health professionals or patients will be prohibited.

ABSTRACT (ESP): la fragmentación de fuentes de datos, formatos y sistemas nacionales de salud dificultan un tratamiento óptimo de la información, el EEDS es ambicioso en el sentido de que pretende promover la salud digital para todos los Estados miembros y preparar los sistemas sanitarios de la UE para el futuro digital. El EEDS se basa en el Reglamento general de protección de datos (RGPD), la propuesta de Ley de Gobernanza de Datos, la propuesta de Ley de Datos y la Directiva sobre Ciberseguridad. Como complemento, la UE publicó el 3 de mayo de 2022 una Propuesta de Regulación para el EEDS. La confianza es un elemento básico del EEDS que también cuenta con la posibilidad que ofrece el RGPD de sacar adelante un acto legislativo de la UE que apoye el uso de datos sanitarios. El tratamiento de datos sanitarios electrónicos para un uso secundario solo es posible para los

fines específicos previstos en el Reglamento. Los investigadores, las empresas o las instituciones públicas solo pueden acceder a datos anonimizados. Se prohibirá usar los datos para tomar decisiones que perjudiquen a las personas o para promocionar productos sanitarios entre los profesionales de la salud o los pacientes.

SUMARIO: 1. La inteligencia artificial (IA) en el ámbito de la salud. **- 2.** Medidas adoptadas y previstas en el ámbito de la unión europea: planteamiento. **- 3.** Antecedentes**. - 4.** Actuación frente al COVID-19 y derivaciones. **- 5.** La propuesta de Reglamento (mayo 2022). **- 6.** Ventajas del EEDS. **- 7.** Los controvertidos usos secundarios. **- 8.** Riesgos del EEDS. **- 9.** A modo de conclusión.

1. La inteligencia artificial (IA) en el ámbito de la salud.

Si existe un paradigma de las dificultades que encuentra la construcción de una futura Europa unitaria este es, precisamente, el espacio común en el ámbito de la salud y, en especial, el representado por la gestión y prestación de servicios sanitarios. El objetivo de un espacio común europeo se encuentra ya en un proceso bastante avanzado respecto de diversos ámbitos temáticos, pero no parece que sea así en el de la política sanitaria. Existen algunas políticas sanitarias concretas en el ámbito de la Unión Europea pero, por el contrario, no existe una política sanitaria común[1].

En gestión sanitaria existen dos aspectos que ahora interesa destacar. Por un lado, que los servicios y productos de atención médica están evolucionando. Por otro lado, que el sistema sanitario está sufriendo una gran presión asistencial, fruto de una población envejecida con crecientes necesidades de atención médica[2]. Está generalizada la idea de que si los cambios tecnológicos son utilizados adecuadamente, con la ayuda de la IA, mejorarán los resultados de salud de las personas, incluyendo la prestación de asistencia sanitaria en los Estados miembros de la UE. Es pertinente, por tanto, recordar que la utilización correcta de la IA constituye una prioridad en las políticas de la UE[3].

1 F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *La ausencia de un verdadero espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿un problema sustancialmente jurídico?,* in *Derecho y Salud,* 2011, n. 2.

2 Una población más envejecida y con un número creciente de enfermos crónicos tensará cada vez más la cuerda de los presupuestos sanitarios. V. A. MARCOS DEL CANO, *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017.

3 El objetivo es convertir a la UE en un centro mundial de IA fiable. La norma en gestación, cuyo texto definitivo se estima que se aprobará a final del año 2023, se está desenvolviendo en el marco de la negociación tripartita de la UE (Comisión, Consejo y Parlamento). A la propuesta original de la Comisión, se le añadieron (noviembre 2022) las posiciones del Consejo y, posteriormente (junio 2023), la posición común del Parlamento. Establece obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA que son riesgo inaceptable, alto riesgo, IA generativa y riesgo limitado.

La Revolución Industrial 4.0 está caracterizada por la capacidad de aplicar la IA a las máquinas[4]. La investigación biomédica puede beneficiarse enormemente de la IA, que tiene la capacidad de combinar, organizar y obtener información y conocimiento de grandes volúmenes y tipos de *big data.* La IA se ha revelado como una tecnología transformadora con un gran potencial para revolucionar diversos aspectos de la atención sanitaria. Sus aplicaciones van desde la mejora de la atención al paciente y los resultados hasta el aumento de la eficiencia operativa y la ayuda a la investigación médica[5].

La influencia de la IA en el cuidado de la salud puede estar más cerca de convertirse en realidad de lo que cree. Se estima que los ingresos obtenidos del mercado de la inteligencia artificial en el sector de la salud alcanzarán los 6,662.2 mil millones en 2021, según un análisis de Frost & Sullivan. Comparando eso con los ingresos obtenidos en 2014 (633,8 millones) surge una tasa de crecimiento anual compuesta del 40%, según el análisis. La necesidad de exploración ("minería") de datos y toma de decisiones es lo que impulsa estas soluciones habilitadas para la IA en la atención médica, según el informe. Sin embargo, se necesitan más investigaciones y ajustes para optimizar el uso de los sistemas de inteligencia artificial para el apoyo a las decisiones clínicas y la logística del flujo de trabajo en los hospitales. El citado estudio concluye que la IA tiene el potencial de mejorar los resultados médicos entre un 30% y un 40% y reducir los costos del tratamiento hasta en un 50%. Para 2025, los sistemas de inteligencia artificial podrían estar involucrados en todo, desde la gestión de la salud de la población hasta avatares digitales capaces de responder consultas específicas de pacientes, dijo Buttar. «A escala mundial, en regiones con poblaciones de pacientes muy desatendidas, se espera que la IA desempeñe un papel importante en la democratización de la información y en la mitigación de la carga de recursos»[6].

En general, la IA es muy prometedora para transformar la asistencia sanitaria mejorando el diagnóstico, el tratamiento, el seguimiento de los pacientes y la eficiencia operativa. La investigación continua, la colaboración y los marcos reguladores serán esenciales para maximizar los beneficios potenciales de la IA, al tiempo que se mitigan los posibles riesgos[7].

---

4 Debido al elevado volumen de datos que puede procesar y por su capacidad predictiva, la IA puede afectar de una forma radical a las organizaciones. V. C. TORRECILLA-SALINAS, *¿Para qué sirve la Inteligencia Artificial en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación*, in AA.VV. (a cura di), *Artificial y Sector Público, Retos Límites y medios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

5 La investigación biomédica es una de las grandes áreas de aplicación tanto en enfermedades prevalentes (cardiovascular, cáncer y neurodegenerativas) como en patologías raras. Sus aplicaciones más conocidas relacionadas con la IA son la identificación de fármacos candidatos en función de sus características y estructura molecular, la identificación de nuevas dianas para combatir la enfermedad a partir de la modelización del desplegado de la proteína y la evaluación de la eficacia y seguridad de fármacos en entornos reales. V. F.J. BLÁZQUEZ RUIZ, *Riesgos para la privacidad en la aplicación de la Inteligencia Artificial en el Ámbito Sanitario. Implicaciones Éticas y Legales,* in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 2022, n. 56.

6 Estudio Frost & Sullivan, *From $600 M to $6 Billion, Artificial Intelligence Systems Poised for Dramatic Market Expansion in Healthcare*, 5 Enero 2016.

7 Es importante reconocer los retos y consideraciones asociados a la IA en la atención sanitaria. Por ejemplo, garantizar la privacidad y la seguridad de los datos, hacer frente a los sesgos de los algoritmos,

En nuestros días son numerosas las áreas sanitarias en que la IA está teniendo un impacto notable: análisis de imágenes; diagnóstico de enfermedades; establecimiento de tratamientos personalizados; descubrimiento de fármacos; monitorización de constantes vitales; reducción de la carga de trabajo de los profesionales sanitarios; identificación de brotes de enfermedades, predicción del deterioro de los pacientes y optimización de la asignación de recursos hospitalarios. También cabe pensar en otras parcelas: robótica quirúrgica; análisis predictivo; medicina de precisión; acceso rápido a la información pertinente; diseño de prótesis; salud conductual y mental; organización del sistema; vigilancia de la salud pública; ayuda en decisiones clínicas; alertas tempranas; detección de efectos adversos de los medicamentos; privacidad de los datos sanitarios sensibles; gestión de enfermedades crónicas; interacción con pacientes; asignación de recursos; mejora de la telemedicina; clasificación de pacientes según riesgo; optimización de ensayos clínicos; análisis de datos genómicos; rehabilitación asistida; vigilancia de población de edad avanzada; evaluación de riesgos asegurables; análisis de factores sociales; nuevas funcionalidades de fármacos; terapias diversas; lucha contra el fraude; asesoramiento genético; etc.

Estos ejemplos ilustran las diversas aplicaciones de la IA en la atención sanitaria, que abordan una amplia gama de retos y oportunidades. A medida que la tecnología de IA siga avanzando, se espera que tenga un impacto transformador en la industria de la salud, mejorando la atención al paciente, aumentando la eficiencia y permitiendo enfoques más personalizados y precisos para la prestación de asistencia sanitaria[8].

2. Medidas adoptadas y previstas en el ámbito de la unión europea: planteamiento.

El apoyo clínico de IA fortalecerá los procesos de diagnóstico por imágenes médicas. Además, el uso de soluciones de IA para flujos de trabajo hospitalarios mejorará la prestación de atención. En general, la IA tiene el potencial de mejorar los resultados entre un 30 y un 40 % y, al mismo tiempo, reducir los costos del tratamiento hasta en un 50 %[9]. La capacidad de extraer información de silos de información dispares, traducir grandes conjuntos de datos no estructurados y las herramientas para el procesamiento del lenguaje natural permiten que los

---

mantener normas éticas e integrar eficazmente las tecnologías en los flujos de trabajo sanitario existentes. La IA ha demostrado tener un gran potencial en la atención sanitaria, pero debe complementar y aumentar la experiencia de los profesionales sanitarios en lugar de sustituirlos. Las consideraciones éticas, los marcos normativos y la investigación y validación continuas son cruciales para garantizar su uso responsable y eficaz en la asistencia sanitaria.

8 He aquí algunas áreas clave prometedoras: m**ejora de las capacidades de diagnóstico; mejoría en temas de medicina personalizada; descubrimiento y desarrollo de fármacos de precisión; monitorización remota y telesalud; robótica sanitaria; análisis de datos y análisis predictivo; consideraciones éticas y marcos normativos; mejoría en la t**oma de decisiones (más informadas); progreso en predicción y prevención de enfermedades; m**onitorización continua e intervenciones en tiempo real; procesamiento del lenguaje natural (PLN) y asistentes de voz; robótica con IA en la prestación de asistencia sanitaria; análisis del comportamiento y apoyo a la salud mental; etc.**

9 Un análisis de Frost & Sullivan, *Artificial Intelligence&Cognitive Computing Systems in Healthcare*, 9 diciembre 2015, encuentra que el mercado obtuvo ingresos de 633.8 millones en 2014 y estima 6,662.2 mil millones en 2021 en una tasa de crecimiento anual compuesta del 40 por ciento.

sistemas de IA aborden desafíos en la coordinación de la atención que antes no tenían otros medios de recurso[10].

La investigación adicional y el ajuste fino del motor de IA facilitarán su uso optimizado tanto para el apoyo a las decisiones clínicas como para la logística del flujo de trabajo dentro de los hospitales. La selección de los socios de soluciones y los modelos comerciales adecuados será un factor determinante del éxito de los proveedores. Por todo ello, es lógico que la UE active sus instituciones y mecanismos para actuar como agente relevante en este terreno. Los datos probablemente constituyan una de las fuentes de información más valiosa que poseen las empresas. En definitiva, dan forma a la manera en la que vivimos, consumimos y producimos. Asimismo, nos ayudan a innovar y a crecer en diferentes ámbitos. Por ejemplo, la innovación basada en datos se puede utilizar desde la mejora de la movilidad hasta la optimización de los procesos públicos. De esta manera, la protección de datos se ha convertido en un derecho fundamental de todas las personas físicas. Toda empresa que posea datos de sus clientes deberá cumplir este deber. Una **mala gestión de la privacidad podría tener consecuencias legales,** así como una **peor reputación y menor competitividad**, entre otros. Por estos motivos, a finales de 2021, la Unión Europea llegó a un acuerdo para impulsar la propuesta de Reglamento sobre Gobernanza de los Datos[11].

3. Antecedentes.

Como antecedentes se destacan la *Directiva 2011/24/UE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*[12]. En su art. 14, relativo a los derechos de los pacientes, por primera vez hace alusión a la sanidad electrónica en la legislación de la UE[13]. El *Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)*[14]. La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16,

10 «Al aumentar la experiencia de los médicos capacitados, los sistemas de inteligencia artificial proporcionarán una capa adicional de apoyo a las decisiones capaz de ayudar a mitigar los descuidos o errores en la administración de la atención», dijo Harpreet Singh Buttar, analista de la industria de la transformación de la salud de Frost & Sullivan, en un comunicado de prensa.

11 Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). DOUE núm. 152, de 3 de junio de 2022, páginas 1 a 44.

12 Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. DOUE núm. 88, de 4 de abril de 2011, p. 45 e ss.

13 Se creó una red de sanidad electrónica voluntaria a escala europea formada por expertos en salud digital de todos los Estados, el carácter no preceptivo hizo que tuviera un efecto limitado.

14 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE n. 119, de 4 de mayo de 2016, p. 1 e ss.

apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan[15].

La *Directiva 2019/1024/UE, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector público*[16] que fue transpuesta mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre[17], con la finalidad de favorecer la reutilización de la información del sector público en un contexto de transformación digital, tratando de impulsar el "empleo inteligente de los datos", así como la "creación de nuevos servicios y aplicaciones basados en el uso, la agregación o la combinación de datos". Actualizó el marco normativo reformando la Ley sobre reutilización de la información del sector público[18].

El *Reglamento 2021/953/ UE relativo al certificado COVID digital de la UE*[19]. La norma se enmarca en un conjunto de actuaciones que seguidamente abordaremos.

4. Actuación frente al COVID-19 y derivaciones.

La Comisión Europea ante la situación de alerta sanitaria por la pandemia del COVID-19, adaptó con carácter de urgencia un procedimiento de atención a pacientes través del programa

15 Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

16 Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (versión refundida), DOUE 26 junio 2019, L 172/56.

17 Real Decreto-ley n. 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. BOE, n. 263, de 3 de noviembre de 2021.

18 Ley n. 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. BOE n. 276, de 17/11/2007.

19 Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. DOUE n. 211, de 15 de junio de 2021, p. 1 e ss.

Sistema de Apoyo a la Gestión Clínica de Pacientes (CMSS)[20], adoptado a través de la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1269 de la Comisión, para permitir a los Estados miembros compartir datos sanitarios electrónicos de los pacientes de COVID-19 que se desplazaban entre los prestadores de asistencia sanitaria y los Estados miembros. Con tal medida, se constató que el acceso ágil a los historiales clínicos completos, en caso de una crisis sanitaria, era determinante, así como para el diagnóstico y el uso secundario de los datos sanitarios. Esta estrategia de la UE fue una solución de emergencia, y visualizó la necesidad de otorgar un enfoque estructural de gestión digital a escala de los Estados miembros de la UE.

Como ejemplos prácticos merecen destacarse la *European Open Science Cloud* (EOSC)[21] que trata de proporcionar el soporte informático y almacenamiento de datos en la nube para que las instituciones de investigación de la UE puedan desarrollar sus actividades en ciencia, tecnología e innovación[22] y la eurohpc Joint Undertaking[23], cuyo objetivo es *proponer la arquitectura que haga uso de las capacidades computacionales existentes para facilitar el uso de grandes volúmenes de datos en el área de salud y ofrecer una guía técnica para facilitar la implementación*[24].

5. La propuesta de Reglamento (mayo 2022).

Con el propósito de liberar todo el potencial de los datos sanitarios, se ha elaborado por la Comisión Europea la *Propuesta de Reglamento para crear el Espacio Europeo de Datos Sanitarios* (EEDS)[25]. Presentada el 3 de mayo de 2022, persigue ayudar a las personas a tomar control de sus propios datos sanitarios y utilizarlos para mejorar la prestación de asistencia sanitaria, la

20 La Comisión Europea puso en marcha el Sistema de Apoyo a la Gestión Clínica (CMSS) de la COVID-19 en el contexto de la lucha contra la pandemia de coronavirus. Su objetivo era prestar apoyo a los profesionales de la salud en los hospitales que en esos momentos trataban los casos de COVID-19 en toda la UE, el Reino Unido y los países del EEE. Este sistema permite a los profesionales identificar a sus homólogos en otros países y centros y ayudarles a comunicarse fácilmente con sus colegas.

21 Su finalidad es proporcionar a los investigadores, y ciudadanos europeos en general, un entorno multidisciplinario abierto donde puedan publicar, encontrar y reutilizar datos, herramientas y servicios para la investigación y la innovación. La EOSC permite que las comunidades científicas y de investigación tengan acceso sin inconvenientes y con plena confianza a los datos de investigación, y a todos los demás soportes digitales producidos a lo largo del ciclo de vida de la investigación (por ejemplo, métodos, software y publicaciones), así como a una gestión FAIR (Findability, Accessibility, Interoperability and Reusability).

22 A. VEIGA DE ALMEIDA-M. MANUEL BORGES-R. LICICIO, in AA.VV. (cur.), *A Criação da nuvem para ciência aberta europeia (European open science cloud) um novo desafio para a Europa*, en A Ciência Aberta o contributo da Ciência da Informação: atas do VIII Encontro Ibérico EDICIC, 2017.

23 La Empresa Común Europea de Informática de Alto Rendimiento (EJUE) tiene por objeto mejorar la calidad de vida de los ciudadanos europeos, promover la ciencia, impulsar la competitividad industrial y garantizar la autonomía tecnológica de Europa. Es una entidad jurídica y de financiación, creada en 2018 y ubicada en Luxemburgo. Reúne los recursos de la Unión Europea, 32 países europeos y tres socios privados con la ambición de hacer de Europa un líder mundial en supercomputación.

24 S. CAPELLA-GUTIÉRREZ, *Bases de la Estrategia Europea para la Explotación Masiva y Distribuida de Datos en Salud*, in *I +S*, 2021, n. 143, p. 13.

25 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios [COM/2022/197 final].

investigación, innovación y elaboración de políticas. Asimismo, el reglamento también permitirá a la UE beneficiarse del intercambio, uso y reutilización de los datos sanitarios. Esta iniciativa forma parte de la *Estrategia Europea de Datos*[26] que ha venido impulsando la Comisión desde 2020, de modo que viene a complementar otras normas que se han ido desarrollando en este ámbito, tales como la *Data Act* o la *Data Governance Act*[27]. La creación de un mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas[28]. El mayor logro del plan, por el momento, lo constituye el *Reglamento de Gobernanza Europea de Datos*, y como normativa relevante cabe destacar, también enmarcada en la Estrategia, la *Ley de Datos*, actualmente en fase de tramitación[29]. Veamos sus trazos principales.

26 La estrategia europea para los datos proponía el establecimiento de espacios de datos europeos comunes para dominios específicos. El Espacio Europeo de Datos Sanitarios es la primera propuesta de estos espacios comunes de datos europeos específicos de dominio. Abordará los desafíos específicos de la salud para el acceso y el intercambio de datos electrónicos de salud, es una de las prioridades de la Comisión Europea en el área de la salud y será una parte integral de la construcción de una Unión Europea de la Salud. El EEDS creará un espacio común donde las personas físicas puedan controlar fácilmente sus datos electrónicos de salud. También hará posible que los investigadores, innovadores y legisladores utilicen estos datos de salud electrónicos de una manera confiable y segura que preserva la privacidad.

27 A finales de 2021, la Unión Europea llegó a un acuerdo para impulsar la propuesta de Reglamento sobre Gobernanza de los Datos (Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). DOUE núm. 152, de 3 de junio de 2022, páginas 1 a 44). Asimismo, se difundió una nueva iniciativa regulatoria: la denominada Ley de Datos (Data Act).

28 La Estrategia de Datos se presentó al mismo tiempo que la Comunicación de la Comisión titulada «Modelar el futuro digital de Europa» y un Libro Blanco sobre la inteligencia artificial que refleja la manera en que la Comisión apoyará y promoverá el desarrollo y el uso generalizado de la inteligencia artificial en toda la UE Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Estrategia Europea de Datos" [COM/2020/66 final].

29 La Comisión adoptó el 23 de febrero de 2022 la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas sobre el acceso y el uso equitativos de los datos, también conocido como la Ley de Datos. El 28 de junio de 2023 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE sobre la Ley de Datos. La norma ahora está sujeta a aprobación formal y, una vez adoptada, entrará en vigor 20 días después de la publicación en el Diario Oficial, y será aplicable después de 20 meses. La Ley de Datos es un pilar clave de la estrategia europea de datos. Hará una contribución importante al objetivo de transformación digital de la Década Digital. Las nuevas medidas complementan el Reglamento sobre la gobernanza de los datos propuesto en noviembre de 2020, el primer resultado de la estrategia europea de datos. Si bien el Reglamento de Gobernanza de Datos crea los procesos y estructuras para facilitar los datos, la Ley de Datos aclara quién puede crear valor a partir de los datos y bajo qué condiciones. La Ley de Datos garantizará la equidad estableciendo normas relativas al uso de los datos generados por los dispositivos de Internet de las Cosas (IoT). Los usuarios de objetos o dispositivos generalmente creen que deben tener plenos derechos sobre los datos que generan. Sin embargo, estos derechos a menudo no están claros. Y, los fabricantes no siempre diseñan sus productos de una manera que permita a los usuarios, tanto profesionales como consumidores, aprovechar al máximo los datos digitales que crean

Objetivos principales: 1º) Se persigue establecer un marco jurídico uniforme que facilite el desarrollo, la comercialización y el uso de los sistemas de historiales médicos electrónicos, para lo cual se establece un esquema de autocertificación obligatorio para ciertos sistemas que, en todo caso, contempla algunas excepciones como, por ejemplo, los programas informáticos para fines generales utilizados en los entornos sanitarios. 2º) Facilitar el acceso electrónico de los pacientes a sus propios datos en el marco de la prestación de la asistencia sanitaria (uso primario de los datos sanitarios). A este respecto, la propuesta trata de reforzar la coherencia en todos los Estados miembros a la hora de proteger los datos de carácter sanitario más allá del lugar donde se realice la prestación sanitaria o en tipo de entidad que lo lleve a cabo. 3º) Impulsar la reutilización de tales datos para otros fines secundarios. A tal efecto se contempla un modelo de gobernanza propio con un organismo específico al frente -el denominado Consejo del Espacio Europeo de Datos Sanitarios- y el despliegue de estructuras administrativas estatales debidamente coordinadas -organismos de acceso a los datos sanitarios-.

Fines del uso secundario: incluyen la protección contra las amenazas transfronterizas graves para la salud, la vigilancia de la salud pública, la elaboración de estadísticas oficiales, la investigación científica, así como las actividades de innovación etc. El concepto "uso secundario" se entiende como la utilización de los datos con fines distintos de la finalidad inicial, en el marco de la misión pública para la que se produjeron los datos.

Categorías de datos sanitarios que pueden reutilizarse: datos que afectan a la salud, datos genómicos relevantes del patógeno, datos sanitarios electrónicos procedentes de registros médicos de enfermedades específicas o de ensayos clínicos, datos administrativos relacionados con la salud, etc.

Restricciones: los datos sanitarios no pueden reutilizarse, entre otros usos, para tomar decisiones perjudiciales para el interesado, actividades publicitarias o de marketing, desarrollo de productos que puedan perjudicar a las personas y a la sociedad en general (drogas, bebidas alcohólicas, etc.).

Autoridad pública responsable: los Estados miembros crearán una autoridad responsable de conceder el acceso a los datos sanitarios electrónicos para uso secundario.

Tasa de uso secundario: la autoridad de acceso a los datos sanitarios y/o los titulares de datos individuales pueden cobrar tasas por poner a disposición los datos sanitarios electrónicos para su uso secundario.

---

al usar objetos IoT. Esto conduce a una situación en la que no existe una distribución justa de la capacidad de aprovechar datos digitales tan importantes, lo que frena la digitalización y la creación de valor. Además, la Ley de datos tiene por objeto garantizar la coherencia entre los derechos de acceso a los datos, que a menudo se desarrollan para situaciones específicas y con diferentes normas y condiciones. Si bien la Ley de Datos se entiende sin perjuicio de las obligaciones de acceso a los datos existentes, cualquier futura normativa debe ser coherente con ella. Las normas existentes deben evaluarse y, si procede, ajustarse a la Ley de datos cuando sea necesario su revisión.

Sujetos obligados a compartir los datos: **quienes recojan y traten datos con financiación pública**, pero también los **sujetos privados prestadores de servicios sanitarios (**salvo microempresas) y las asociaciones profesionales[30].

Sin necesidad de detallar todos los trámites ulteriores, sí conviene destacar la importancia del Dictamen conjunto (julio 2022) suscrito por El Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos[31].

6. Ventajas del EEDS.

El EEDS se presenta como un ecosistema específico para la salud formado por reglas, normas y prácticas comunes, infraestructuras y un marco de gobernanza cuyos dos principales objetivos son: empoderar a las personas con el fin de que puedan tener un mayor control y acceso digital a sus datos sanitarios personales electrónicos, tanto a escala nacional como de la UE, así como apoyar su libre circulación, fomentando un auténtico mercado único para los sistemas de historiales médicos electrónicos, los productos sanitarios pertinentes y los sistemas de IA de alto riesgo (uso primario de los datos); ofrecer un marco coherente, fiable y eficiente para el uso de datos sanitarios en actividades de investigación, innovación, formulación de políticas y reglamentación (uso secundario de los datos).

El EEDS persigue, pues, que las personas tengan un acceso inmediato, gratuito y fácil a sus datos en formato electrónico. Pueden intercambiar fácilmente estos datos con otros profesionales de la salud de la UE y de forma transfronteriza para mejorar la prestación de asistencia sanitaria. Asimismo, tendrán pleno control de sus datos y podrán añadir información, rectificar datos erróneos, restringir el acceso por parte de terceros y obtener información sobre cómo se utilizan sus datos y con qué finalidad.

Los Estados miembros deberán procurar que los historiales resumidos de los pacientes, las recetas electrónicas, las imágenes médicas y los informes de imagen, los resultados de laboratorio y los informes de alta se emitan y se acepten en un formato europeo común. La interoperabilidad y la seguridad pasarán a ser requisitos obligatorios. Los fabricantes de sistemas de historiales médicos electrónicos deberán certificar el cumplimiento de estas normas.

Para garantizar la protección de los derechos de la ciudadanía, todos los Estados miembros deben designar autoridades sanitarias digitales. Estas autoridades deberán formar parte de una infraestructura digital transfronteriza que asistirá a los pacientes en el intercambio transfronterizo de sus datos.

30 En concreto, esta regulación afectaría a «*toda persona física o jurídica que sea una entidad o un organismo del sector sanitario o asistencial, o que lleve a cabo investigaciones en relación con estos sectores, así como instituciones, órganos y organismos de la Unión que tengan el derecho o la obligación de poner a disposición, así como de registrar o entregar determinados datos, restringir el acceso a ellos o intercambiarlos*».

31 European Data protection Board, *Dictamen conjunto 3/2022 del CEPD y el SEPD sobre la propuesta de Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EEDS)*, adoptado el 12 de Julio de 2022.

El EEDS apoyará el trabajo de la *Autoridad Europea de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias* (HERA) en caso de una nueva alerta sanitaria[32]. El sistema persigue facilitar el acceso a los datos sanitarios a pacientes, médicos, reguladores e investigadores, en un intento de mejorar los diagnósticos, reducir los costes innecesarios de la duplicación de pruebas médicas e impulsar la investigación médica.

En el año 2021 la Comisión Europea publicó el *Plan Europeo de lucha contra el cáncer*, que establece la estrategia a seguir por los países de la Unión durante los próximos años y hasta 2025[33]. Este Plan integra los avances que se han llevado a cabo en el abordaje de esta enfermedad, aprovechando los progresos en cuanto a digitalización, investigación e innovación en la atención del cáncer. Se centra en proteger los intereses y el bienestar de los pacientes, sus familiares y la población general orientándose al diagnóstico, el tratamiento, la supervivencia y la prevención[34].

El *Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer* contempla el establecimiento de una plataforma de la UE para mejorar el acceso a los medicamentos contra el cáncer, así como el apoyo a los profesionales que trabajan en este ámbito a través de un programa de formación interespecialidades.

Gracias a los avances en la detección precoz, las terapias eficaces y los cuidados de apoyo, se estima que hay más de 12 millones de supervivientes de cáncer en Europa incluidos unos 300.000 supervivientes de cáncer infantil. Si bien estas cifras dan pie al optimismo, debe preverse asimismo un seguimiento asistencial adecuado, acceso a la protección social e igualdad de acceso a los servicios financieros, incluidos los seguros.

---

32 Constituida como una Dirección general de la Comisión Europea, creada para preparar a la UE frente a posibles pandemias en el futuro, se creó como respuesta a la pandemia de COVID-19. La HERA es un pilar clave de la Unión Europea de la Salud anunciada por la presidenta von der Leyen en su discurso sobre el estado de la Unión de 2021, y colmará una laguna en la respuesta y preparación ante emergencias sanitarias de la UE. Creada a raíz de la pandemia de COVID-19, anticipará las amenazas y las posibles crisis sanitarias mediante la recopilación de información y el desarrollo de las capacidades de respuesta necesarias. Cuando se produzca una emergencia, la HERA garantizará el desarrollo, la producción y la distribución de medicamentos, vacunas y otras contramedidas médicas, como guantes y mascarillas, que a menudo faltaban en la primera fase de la respuesta a la pandemia de COVID-19.

33 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer" [COM/2021/44 final]. Durante el año 2020, 2,7 millones de personas de la Unión Europea fueron diagnosticadas de cáncer, lo que supone una cuarta parte de los casos de cáncer registrados en el mundo. Hoy en día sabemos que más del 30% de los cánceres pueden prevenirse con el desarrollo de estrategias eficaces, que salvan vidas y reducen el sufrimiento.

34 Ursula **von der Leyen**, presidenta de la Comisión Europea, ha declarado: «*Con la puesta en marcha del Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer, esta Comisión hizo de la lucha contra el cáncer una de sus prioridades. Nuestro objetivo es que todos los ciudadanos de la Unión Europea reciban el tratamiento del cáncer que necesitan. Sabemos que esta lucha ha experimentado un retroceso debido a la pandemia, con un millón de casos que podrían permanecer sin diagnosticar en la actualidad. El cáncer es una historia personal para todos nosotros. Y por eso trabajaremos en la prevención, el diagnóstico precoz y la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria para ganar esta lucha*».

Respecto a la *Estrategia Farmacéutica para Europa*[35], la IA y el big data también pueden ser muy útiles para proponer una farmacología adecuada y para implementar una asignación estratégica de recursos médicos humanos y materiales, así como para distribuir o derivar a los pacientes, según necesidades concretas derivadas de la COVID-19, maximizando así la eficiencia de los sistemas sanitarios. Esta trazabilidad, por supuesto, también podría potenciar la eficacia de nuestro hospitales y centros de salud[36].

Los ciudadanos de toda la UE esperan beneficiarse de igualdad de acceso a terapias seguras, modernas y asequibles. En este sentido, los medicamentos desempeñan un papel importante, puesto que proporcionan opciones terapéuticas para el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de enfermedades. El sector farmacéutico europeo es uno de los principales contribuyentes a la economía de la UE en términos de creación de empleo altamente cualificado e inversión en innovación.

La digitalización e innovación en el uso de datos de la vida real brindan nuevas posibilidades en la forma de desarrollar y utilizar los medicamentos. Sin embargo, no todos los pacientes de Europa tienen acceso a terapias innovadoras con la misma celeridad e incluso podrían no tener acceso a los medicamentos que precisan debido a la escasez. La pandemia de coronavirus sin precedentes fue otra prueba irrefutable de lo importante que es disponer de un sistema resistente a las crisis y garantizar la disponibilidad de los medicamentos en cualquier circunstancia.

Al mismo tiempo, la población europea está envejeciendo, y la UE soporta una carga cada vez mayor de enfermedades y nuevas amenazas para la salud humana, como la COVID-19. Además, los sistemas sanitarios y los pacientes tienen dificultades para afrontar el coste de los medicamentos. La UE también depende cada vez más de terceros países para la importación de medicamentos y de sus principios activos y las cuestiones como la resistencia a los antimicrobianos y la sostenibilidad medioambiental de los medicamentos también generan preocupación.

La estrategia, mediante sus objetivos, es un instrumento político que pretende abordar estos importantes retos y adaptar el sistema farmacéutico de la UE en los próximos años.

En la actualidad, las personas físicas tienen dificultades para acceder a los datos sanitarios electrónicos, nacionales y transfronterizos, el EEDS se basa en la nueva propuesta sobre la

35 La Estrategia Farmacéutica para Europa, fue adoptada el 25 de noviembre de 2020 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2020/761 final). Pretende crear un marco regulador orientado al futuro y apoyar a la industria en la promoción de la investigación y las tecnologías que llegan a los pacientes para satisfacer sus necesidades terapéuticas, al mismo tiempo que se tratan las deficiencias del mercado. También tendrá en cuenta las deficiencias que la pandemia de coronavirus puso de relieve y adoptará las medidas oportunas para reforzar el sistema. Esta iniciativa está en consonancia con la Estrategia industrial europea y con las prioridades descritas en el Pacto Verde Europeo, el Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer y la Estrategia Digital Europea El 26 de abril de 2023, la Comisión adoptó una propuesta de nueva Directiva y de nuevo Reglamento que revisan y sustituyen la legislación farmacéutica general vigente, incluida la legislación sobre enfermedades raras y niños.

36 L. COTINO HUESO, *Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos,* in *Revista d'Internet, Dret i Política,* 2020, n. 21, p. 4.

Identidad Digital Europea[37] que contiene mejoras en el ámbito de la identificación electrónica, entre las que se encuentra la cartera de identidad digital. Esta permitirá mejores mecanismos para la identificación en línea y fuera de línea de las personas físicas y los profesionales sanitarios.

Desde el inicio de la crisis sanitaria causada por el Covid-19 cada vez más servicios, tanto públicos como privados, son digitales. Una renovación que reclama que los sistemas de identificación digital sean seguros y fiables.

La Identidad Digital Europea (ide) permite el reconocimiento mutuo de los sistemas de identificación electrónica de los diferentes países de la UE. En otras palabras, da la posibilidad a que los propios ciudadanos europeos se identifiquen y verifiquen su información personal en línea, sin tener que recurrir a proveedores comerciales, independientemente del lugar de la Unión Europea en el que se encuentren[38]. Se trata de un sistema común que capacita a las personas a acceder a los servicios en línea de otros Estados miembros de la UE a través de su documento nacional de identidad electrónico.

El *Reglamento europeo de identificación digital* (eidas)[39] exigía a los Estados miembros de la UE que establecieran sistemas nacionales de identificación electrónica que cumplieran determinadas normas técnicas y de seguridad. Estos sistemas nacionales se conectan entre sí, y permiten a los ciudadanos utilizar su documento nacional de identidad electrónico para acceder a servicios en línea en otros países de la UE.

En 2021, la Comisión presentó una propuesta basada en el marco del reglamento eidas, con el objetivo de que en 2030 al menos el 80% de los ciudadanos puedan utilizar su identidad digital para acceder a los principales servicios públicos a lo largo de las fronteras de la UE.

El informe sobre la actualización propuesta, que fue adoptado por la Comisión de Industria, Investigación y Energía, enfatiza la importancia de garantizar que los sistemas nacionales trabajen entre sí, sean fáciles de usar y que los ciudadanos tengan el control sobre sus datos personales. El texto se aprobó en la sesión plenaria de marzo.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta a favor del EEDS, es que se garantiza un mayor control sobre los datos sanitarios electrónicos. Los historiales clínicos electrónicos, llamados por la propuesta *sistemas HME*, son potencialmente peligrosos porque son objeto de frecuentes ciberataques por estar dentro de sistemas informáticos potencialmente débiles, la UE admite

37 Recomendación de la Comisión UE de 3 de Junio de 2021, sobre una caja de herramientas común de la Unión para un enfoque coordinado hacia un Marco de identidad digital europea. La Identidad Digital Europea estará disponible para los ciudadanos, residentes y empresas de la UE que deseen identificarse o confirmar determinada información personal. Puede utilizarse para acceder a servicios, tanto públicos como privados, en línea o fuera de línea, en toda la UE. Todos los ciudadanos de la UE y residentes en ella podrán utilizar una cartera digital personal.

38 **Por motivos de privacidad, pero también por obstáculos políticos y competenciales, el acceso a la información sanitaria de cada persona difícilmente se utiliza allende las fronteras del Estado en que se haya facilitado. La libre circulación que la UE protege, por tanto, queda reforzada si es acompañada de la paralela incorporación de datos sanitarios.**

39 Reglamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, ELI.

una laguna de regulación en este sector, lo que no sucede con los productos sanitarios que tienen su Reglamento o la IA una vez entre en vigor su regulación, por lo que es preciso establecer unos requisitos de regulación para los sistemas HME tales como interoperabilidad y portabilidad. Se dedica el capítulo III "Sistemas HME y aplicaciones sobre bienestar", arts. 14 a 32, para cubrir este vacío legal. Cabe destacar los siguientes preceptos: art. 17, obligación de los fabricantes de los sistemas HME. Han de cumplir a nivel de seguridad con los requisitos de seguridad y protección del anexo II, tales como: el sistema ha de ser utilizado por profesionales sanitarios cualificados autenticados, obligación de registrar cada acceso como evento con información mínima a registrar, arbitraje de herramientas digitales para limitar la entrada, pautas sobre almacenaje, categorías de datos y período de conservación; art. 19, obligación de los importadores. Solo podrán recibir el HME que cumpla con los requisitos de seguridad, establecidos y explicados en el anexo II, en caso contrario se negarán a su recepción. Estos agentes se comprometerán a que mientras el HME esté bajo su custodia no se verá modificado y facilitarán a la autoridad de vigilancia del mercado la documentación necesaria para demostrar que el HME es conforme a la normativa; art. 20, obligaciones de los distribuidores. Para proceder a la difusión del HME se ha de contrastar que el fabricante ha elaborado la declaración UE de conformidad[40], el importador ha cumplido los requisitos, se posee el marcado de conformidad CE y la ficha informativa[41].

Otra ventaja es el uso de la telemedicina transfronteriza, regulada en el art. 8, cuando un estado miembro acepte la telemedicina en su país lo hará en las mismas condiciones en el resto de los estados miembros. La telemedicina debe ser un instrumento complementario, se debe adoptar un modelo híbrido pues nada sustituye la presencia humana, la mayor aceptación de la misma se produce a nivel administrativo por lo que se considera recomendable insistir en este aspecto de la telemedicina transfronteriza para eliminar o aligerar los trámites burocráticos[42].

7. Los controvertidos usos secundarios.

Como se ha expuesto, la Comisión persigue que los datos médicos que los europeos decidan compartir puedan ser aprovechados para investigar y legislar mejor. Aunque los datos sanitarios ya están siendo recogidos y tratados utilizando medios electrónicos, sin embargo, en muchos casos el acceso no se facilita para satisfacer otras finalidades de interés general. El

40 Regulada en el art. 26 se deben cumplir los requisitos del anexo II y ha de contener la información del anexo IV consistente en nombre sistema HME, resultados de los análisis y verificaciones.

41 Según el art. 25 ha de especificar identidad, nombre comercial o marca datos del fabricante, versión del sistema HME, finalidad prevista, categoría de datos, y versiones posibles del sistema posibles con las que operar.

42 Estudios realizados con organizaciones de pacientes, demuestran la preferencia por este tipo de medicina orientada a aspectos burocráticos mientras que el 54% de los pacientes crónicos encuestados están descontentos con la teleasistencia, el 100% de los pacientes preguntados demandan la consulta presencial para una primera visita y el 78% la solicitan para ser informados de diagnósticos. V. M. MUÑOZ CRUZADO y BARBA, *Transformando la atención sanitaria: Descubriendo los avances en Telesalud desde el Congreso Mundial, Torre del Mar 2022*, in *Revista Española de Comunicación en Salud*, 2023, n. 1, p. 113.

futuro Reglamento pretende establecer una regulación amplia que facilite los usos secundarios de los datos sanitarios, entre otros para la elaboración de estadísticas, el desarrollo de actividades formativas y de investigación, como la innovación tecnológica —incluyendo el entrenamiento de algoritmos— o la medicina personalizada.

Para delimitar el concepto hemos de diferenciar entre uso primario y secundario de datos sanitarios electrónicos. La utilización primaria engloba la evaluación, la conservación y el restablecimiento del estado de salud de la persona física a la que se refieren los datos englobando medicación y productos sanitarios en todos sus aspectos[43], servicios de seguridad social, administrativos y de reembolso[44]. Por el contrario, los datos secundarios sanitarios son los protagonistas y el EEDS les dedica el capítulo IV íntegro. Se entiende por tales, según el art. 33: historiales médicos electrónicos; determinantes sociales[45], ambientales[46] y de comportamiento[47] relacionados con la salud; datos genómicos pertinentes sobre patógenos que repercuten en la salud humana[48]; datos administrativos relacionados con la salud, incluidas reclamaciones y reembolsos; datos sanitarios electrónicos generados por las personas incluidos productos sanitarios; datos de identificación relacionados con los profesionales de la salud que tratan a una persona física; registros de datos sanitarios de salud pública para toda la población; registros de datos sanitarios procedentes de registros médicos para

43 Prescripción, dispensación y provisión.

44 Art. 2.1.d) de la propuesta de Reglamento.

45 Los modelos de determinantes sociales de la salud forman parte desde hace décadas de las estrategias de Salud Pública y debería ser elemento fundamental de la orientación de los sistemas sanitarios. A lo largo del tiempo, diversos estudios epidemiológicos han mostrado la relación de los determinantes sociales con enfermedades prevalentes. V. P. PÉREZ SOLIS, *Determinantes sociales de la Salud y enfermedades prevalentes"*, in *Folia Humanistica*, 2019, n. 13, p. 2.

46 La necesidad de conocer los efectos provocados al medio ambiente por las distintas actividades empresariales es cada vez más relevante, por la evidencia del daño al consumo de los recursos naturales y la degradación ambiental. V. M.E. DE LA ROSA LEAL, J.M. GASTELUM CANO, *La contabilización de los efectos ambientales en la salud laboral*, in *Revista iberoamericana de contabilidad de gestión*, 2017, n. 29, p. 2.

47 El comportamiento del individuo con relación a su estado médico se aborda a través de los Determinantes de la Salud y de éstos de forma importante, con estrategias y acciones de Promoción de la Salud y de manera trascendental con la educación sanitaria. V. M.A. DE LA GUARDIA GUITIERREZ-J. C. RUVALCABA LEDEZMA, *La salud y sus determinantes, promoción de la salud y educación sanitaria*, in *Cielo España*, 2020, n. 5.

48 El genoma humano se compone de miles de millones de pares de bases que contienen un código que controla cómo se expresan los genes. Los marcadores genéticos se pueden ser útiles para identificar variaciones genéticas en las personas y así poder estudiar mejor distintas enfermedades. Los marcadores genéticos pueden ser de muchos tipos: morfológicos, bioquímicos, fisiológicos, moleculares, etc. Siendo estos últimos los que supusieron una auténtica revolución en la genética humana por ser más sencillos y económicos a la hora de ser detectados, y no están condicionados por factores medioambientales u otros factores genéticos. *Tener genomas anotados* y *bien mapeados* es relevante y arduo, pero el desarrollo técnico hace que lo anterior sea cada vez más plausible. V. L. E. EGUIARTE-J. AGUIRRE-LIGUORI-L. JARDÓN-BARBOLLA-E. AGUIRRE-PLANTER-V. SOUZA, *Genómica de Poblaciones: Nada en evolución va a tener sentido si no es a la luz de la Genómica, y nada en Genómica tendrá sentido si no es a la luz de la evolución*, in *Revista Especiallizada de Ciencias Quimicas Biológicas*, 2013, n. 16.

enfermedades específicas; datos sanitarios procedentes de productos sanitarios y de registro de medicamentos; grupos de investigación, cuestionarios y encuestas relacionadas con la salud; datos sanitarios procedentes de biobancos[49]; datos electrónicos pertenecientes a las condiciones del seguro[50]; datos sanitarios mejorados que han sido recibidos por el titular tras ser tratados como un permiso de datos.

Los investigadores podrán **disponer de datos actualizados y de gran calidad,** mientras que los reguladores podrán utilizarlos para mejorar la sanidad pública. La IA es esencial para que los datos de usos secundarios (innovación, investigación, política pública, la seguridad de los pacientes, reglamentación o la medicina personalizada, etc.) puedan ser datos útiles para la investigación y los usos médicos. Además, tales datos están desordenados a escala europea, en términos técnicos, se encuentran fragmentados y mal conectados, por lo que es imprescindible diseñar un ecosistema que reconfigure la ordenación de los mismos para que puedan ser útiles ya que el 80% de su contenido se desaprovecha.

El uso secundario de los datos médicos ha de revestir un interés muy relevante para la salud de la colectividad; no todo dato secundario ha de ser utilizado. En este sentido, el art. 34 regula los fines para los que pueden tratarse estos datos: interés público, salud laboral, protección contra amenazas transfronterizas para la salud, apoyo a organismos públicos e instituciones de la UE, elaboración de estadísticas, investigación científica relacionada con el sector sanitario, entrenamiento, prueba y evaluación de algoritmos y prestación de asistencia médica personalizada[51].

Por su parte, el art. 35 proscribe algunos usos secundarios: adopción de decisiones perjudiciales para las personas físicas[52]; publicidad o comercialización; puesta a disposición a terceros que no se contemplen en el permiso otorgado; desarrollo de productos y servicios perjudiciales, incluyendo particularmente las drogas ilícitas, las bebidas alcohólicas, los productos del tabaco o los bienes o servicios que contravengan el orden público o la moral.

El modelo propuesto opta por permitir el uso secundario sin necesidad de solicitar un nuevo consentimiento informado[53], lo que está generando no solo polémica sino también

49 La Ley de Investigación Biomédica (Ley 14/2007, de 3 de julio, BOE n. 159, de 4 de julio de 2007) define un Biobanco como un establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebidas con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizado como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino.

50 Situación profesional, educación, estilo de vida, bienestar y comportamiento relacionado con la salud.

51 No parece que estos términos, tan amplios, garanticen que en todo caso se está ante un interés público y relevante.

52 Entendiendo por tales no sólo las que produzcan efectos jurídicos sino, asimismo, las que les afecten de manera significativa. A este respecto, se destacan específicamente las modificaciones relativas a los contratos de seguro, como por ejemplo el incremento de las primas que se han de abonar.

53 Las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto, en particular en el contexto de la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social, incluido el tratamiento de esos datos por las autoridades gestoras de la sanidad y las autoridades sanitarias nacionales centrales con fines de control de calidad, gestión de la información y supervisión general nacional y local del sistema sanitario o de

movimientos sociales de protesta y recogida de firmas. El permiso de acceso a los datos surge cuando un organismo de acceso accede a una petición de transmisión de los datos, de una persona física o jurídica con los fines expuestos; se ha de resolver en dos meses y se concede con una duración máxima de cinco años (quizá excesivo).

Otro elemento definidor del sistema, en la línea del RGPD, es que no se destruye el vínculo del dato y la persona en determinados supuestos, así el art. 44.3 establece que cuando la finalidad del tratamiento no puede alcanzarse con datos anonimizados[54] deberá realizarse en formato seudonimizado[55].

Desde la perspectiva del modelo de gobernanza, **los Estados deberán disponer de al menos un organismo de acceso a los datos sanitarios que facilite el acceso electrónico a los mismos para fines secundarios.** En el caso de ser varios organismos debido a exigencias derivadas de su organización político-administrativa, uno de ellos ejercerá funciones de coordinación. Más allá de la libertad organizativa por parte de los Estados a la hora de elegir una u otra fórmula organizativa, resulta esencial que se garantice la independencia del organismo coordinador, sin perjuicio de los mecanismos de control financiero o judicial.

Respecto del RGPD también llama la atención que en éste aparece meticulosamente diseñado el modo en que pueden tratarse los datos genéticos, biométricos o relativos a la salud: se parte de la prohibición de su tratamiento y solo cabe alterar esa regla si concurre una de las excepciones listadas (art. 9.2).

8. Riesgos del EEDS.

Una de las mayores desventajas del sistema examinado la constituye la falta de sanciones previstas ante los incumplimientos. El art. 11 de la Propuesta de Reglamento incluye un procedimiento para presentar una reclamación individual o colectiva ante la autoridad de sanidad digital y dentro de los deberes se enuncia únicamente que se informará del

---

protección social, y garantía de la continuidad de la asistencia sanitaria o la protección social y la asistencia sanitaria transfronteriza o fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, basados en el Derecho de la Unión o del Estado miembro que ha de cumplir un objetivo de interés público, así como para estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública.

54 La anonimización consiste en la conversión de datos personales en datos que no se pueden utilizar para identificar a ningún individuo. Hay que considerarla como un proceso basado en el riesgo, que incluye tanto la aplicación de técnicas de anonimización como salvaguardas para evitar la reidentificación. AEPD (2022) *Guía Básica de Anomimización*, publicada en octubre 2022.

55 Anonimización y seudonimización son dos conceptos introducidos por la legislación. El primer término, no se encuentra en la RAE, por el contrario, el segundo sí, la seudonimización supone el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable. Una de sus diferencias radica en las garantías que protegen los derechos de los interesados: mientras el conjunto de datos anonimizados no está bajo el ámbito de aplicación del RGPD, el conjunto de datos seudonimizados y la información adicional vinculada con dicho conjunto de datos sí lo están.

procedimiento y de la sanción que se tome. Asimismo, en el art. 30 respecto a los HME se regula la gestión en caso de incumplimiento y tan solo existe la previsión de declaración del sistema no conforme, documentación técnica incompleta o declaración de la UE no conforme. Si tal incumplimiento no se subsana el Estado Miembro ha de adoptar en el seno interno las medidas pertinentes. Por el contrario, el art. 43 sí regula las sanciones de los organismos de acceso a los datos sanitarios, pero remite a otra normativa futura las directrices sobre las sanciones que se deberán aplicar a los organismos de acceso a los datos sanitarios.

Otros posibles efectos negativos son que la falta de armonización legal y técnica entre los Estados miembros y los sectores de actividad, dificulte el flujo de datos y la interoperabilidad de las soluciones. Tampoco son menores los riesgos de fugas o pirateo de datos en una materia tan sensible. La posibilidad de sufrir ciberataques se traduce en graves consecuencias, que pueden ir desde la muerte de un paciente a la pérdida de confianza y reputación. Sin embargo, los efectos reales de un ciberataque suelen quedar en el ámbito privado de la víctima o en el de una autoridad competente, en el caso de que exista obligación de reportarlos[56].

Por otro lado, no se garantiza la protección de los derechos fundamentales de las personas, especialmente en lo que respecta a la transparencia y el control sobre sus propios datos (recordemos que al titular no se le advierte que están siendo reutilizados).

Aún a pesar de que la propuesta de Reglamento prohíbe un uso negativo, cabe preguntarse qué se entiende por tal, pues existe la posibilidad de que, a partir de ese cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles médicos en función de los cuales se tomen decisiones sobre el individuo o la colectividad pues puede que una determinada decisión se considere como la óptima y luego se constate que fue errónea.

9. A modo de conclusión.

El EEDS genera ciertos riesgos en relación con los derechos de los individuos y de la colectividad, pero, por otro lado, ofrece posibilidades médicas, bien preventivas o terapéuticas para la comunidad de la UE. Previsiblemente, el banco europeo de datos comportará mejoras en la salud de la ciudadanía de la UE pero los riesgos existirán y serán por diversos frentes.

El modelo de protección de datos que ha estado vigente las últimas décadas en la UE se fundamentaba en la garantía de que serían usados para el fin específico que justificaba su toma. Sin embargo, ese paradigma ahora se remodela porque la propuesta de Reglamento enumera un sinfín de posibilidades de uso. El derecho a la protección de datos tal y como se ha venido configurando hasta la fecha en esta materia, no se puede trasladar a este ámbito; quizás, haya que configurar en esta parcela el concepto de privacidad en materia de datos sanitarios médicos porque parece que el esfuerzo en el EEDS se ha puesto en la técnica. Pero se ha de preservar la dignidad de la persona y las implicaciones éticamente relevantes en materia médica en cuanto afecten a la privacidad.

El Comité *Internacional de Bioética de la UNESCO* reconoce la inevitable pérdida de control por parte de los individuos de sus datos médicos, y asevera que, en el área de la investigación

56 A. SÁNCHEZ CAJA, *La necesidad de seguridad retrasa la creación de bancos de datos sanitarios*, in *elEconomista.es*, 31 agosto 2022.

médica con grandes datos, el uso secundario potencial de datos en el futuro no se puede predecir[57].

Siendo imposible vislumbrar el alcance futuro del EEDS, lo razonable es postular que prime la salud de los ciudadanos de la UE, la correcta utilización de la IA respecto de datos de la salud cotidiana, pero con la introducción de parámetros éticos e instituciones que velen por los mismos en este proceso con sanciones previstas en casos de incumplimiento.

No es posible menospreciar los parámetros éticos en el EEDS; siempre debieran ser uno de sus objetivos principales, pero no encontramos tal espíritu. También se deben prever las consecuencias en caso de que los principios éticos sean violados a través de sanciones que no deben quedar en la esfera de la regulación de cada Estado Miembro, sino que se ha de desarrollar un régimen de sanciones común en una futura Directiva que se trasponga adaptándose a las peculiaridades de cada Estado.

57 Report of the IBC on Big Data and Health, 15 septiembre 2017.

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'AMBIENTE DI LAVORO

Laura Foglia

Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

***Abstract [It]*:** L'Autrice nel presente contributo, dopo aver dato atto della considerevole rilevanza che il principio di precauzione riscontra tanto a livello internazionale quanto nazionale, in relazione al progressivo emergere dell'esigenza di fronteggiare l'irrompere di nuovi rischi di incerta qualificazione, collegati a problematiche globali quali, l'intensificarsi dell'uso delle tecnologie digitali, il diffondersi di fenomeni epidemiologici e vicende altre, si prefigge l'obiettivo di verificare l'operatività dello stesso nell'ambito della gestione della sicurezza negli ambienti di lavoro, sia nei suoi tratti teorici sia nei suoi aspetti pragmatici, in uno scenario che tenga in compiuto riferimento le criticità che si intrecciano nella sua effettiva applicazione. Il tutto nel suo contrapporsi allo strumento della prevenzione in considerazione della mancanza di certezza dal punto di vista tecnico-scientifico che permea l'approccio precauzionale e che rende sempre più difficile l'assunzione di obblighi rispetto ad attività potenzialmente nocive per la salute e l'ambiente.

***Abstract [En]*:** *The Author in this contribution, after having acknowledged the considerable relevance that the precautionary principle finds both at an international and national level in relation to the progressive emergence of the need to deal with the emergence of new risks of uncertain qualification, linked to global problems such as the intensification of the use of digital technologies, the spread of epidemiological phenomena and other events, the objective is to verify the operation of the same in the field of safety management in the workplace, both in its theoretical aspects both in its pragmatic aspects, in a scenario that takes into complete reference the critical issues that are intertwined in its effective application. All in its opposition to the prevention tool in consideration of the lack of certainty from the technical-scientific point of view that permeates the approach precautionary and which makes it increasingly difficult to assume obligations with respect to activities potentially harmful to health and the environment.*

SOMMARIO: 1. Rischio imprevedibile, ambiente di lavoro e sicurezza sul lavoro. **– 2.** Il governo del rischio: il principio di precauzione. Inquadramento giuridico e regolazione normativa. **– 3.** La protezione dal rischio pandemico: dal principio di prevenzione al principio di precauzione **– 4.** Negoziazione delle regole ed attenuazione delle responsabilità. **– 5.** Il principio di precauzione come diritto dell'incertezza.

1. Rischio imprevedibile, ambiente di lavoro e sicurezza sul lavoro

La vissuta emergenza epidemiologica indotta da agenti patogeni relativamente ai quali la profilassi è ignota per essere la stessa scienza medica all'oscuro dell'origine e delle

conseguenze che ad essa si ricollegano, stante la permeabilità di tutti gli ambienti, anche di quelli di quotidiana frequentazione e così dei medesimi ambienti di lavoro, ha determinato, con riguardo a questo specifico ambito, l'insorgere di problematiche connesse in particolare alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Ne risulta incisa, inducendone una evidente incertezza, la sfera di operatività degli obblighi al riguardo gravanti sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., che fa discendere dal contratto di lavoro la responsabilità del soggetto datore circa i pregiudizi che, nel corso del rapporto, al lavoratore possono derivare all'integrità fisica ed alla personalità morale.

E' evidente come l'indefinitezza delle caratteristiche cliniche dell'agente patogeno non consenta al datore di adempiere nei termini richiesti dall'art. 2087 c.c., ovvero provvedendo ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tenere indenne il lavoratore dai pregiudizi predetti, così da prevenire non solo i rischi insiti nell'ambiente di lavoro, ma altresì quelli derivanti da fattori esterni e inerenti al luogo in cui tale ambiente si trova, cui certamente possono essere ricondotti quelli concernenti la circolazione dell'agente patogeno.

Di qui, rispetto agli indicati rischi esterni, l'emergere di una riflessione circa l'inquadramento giuridico della posizione del datore di lavoro quale titolare dell'azienda e, in questa veste, di responsabile delle condizioni ambientali della stessa nei termini complessivi sopra specificati, tesa a sollevare dubbi circa la riconducibilità di questa alla previsione dell'art. 2087 c.c. ed agli obblighi di prevenzione in essa contemplati, senza tuttavia rinunciare ad onerare il datore di lavoro di comportamenti che si concretino in misure di cautela a protezione di quanti siano coinvolti nell'ambiente medesimo[1].

2. Il governo del rischio: il principio di precauzione. Inquadramento giuridico e regolazione normativa

In questa ottica si è prospettato il ricorso al principio di precauzione emerso in coincidenza con il venir meno delle certezze scientifiche a fronte delle incognite sottese all'applicazione delle nuove tecnologie e frutto dell'esigenza di scongiurare i rischi che ne derivano all'ambiente, alla salute ed alla sicurezza umana.

Tale dinamica segna l'irrompere della dimensione del rischio nell'attuale società post-moderna[2], in termini così caratterizzanti da giungere a qualificarla come «società del rischio»[3], per assumere questo forme non prevedibili, esorbitanti rispetto a quelle finora emerse anche

1 Sulla dimensione giuslavoristica del principio di precauzione cfr. per tutti: E. BALLETTI, *Il principio di precauzione nel diritto del lavoro,* in *Var. temi dir. lav,* 2023, n. 1; S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020; V. MAIO (a cura di), *Responsabilità ed obblighi di lavoratori e datori di lavoro dopo i nuovi protocolli sicurezza e vaccini*, La Tribuna, Milano, 2021; A. MARCIANÒ, *Ambiente di lavoro e salute: dai meta principi di origine comunitaria alla tutela risarcitoria per inadempimento contrattuale*, in *RatioIuris*, 2023, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; G. PROIA, *Emergenza Covid, impatto sul sistema della sicurezza del lavoro e obblighi di vaccinazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 390.
2 Lo rilevano numerosi studi sociologici in relazione ai quali cfr. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto*, ESI, Napoli, 2013, p. 1 ss.
3 La definizione è di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

in relazione ad eventi di carattere eccezionale, governate, comunque, con strumenti di polizia amministrativa, ampiamente disponibili nell'ambito dello stato sociale erogatore di servizi alla collettività[4] e tali da indurre stati di emergenza non più meramente transitori, ma soprattutto connotati dal loro essere globali, incidendo, in particolare, su beni collettivi, destinati ad eccedere i confini nazionali, quali l'ambiente e la salute.

Non a caso il principio di precauzione emerge con riferimento a problematiche di tutela ambientale.

È a partire dalla metà degli anni '80 che tale principio inizia a trovare spazio in varie e diversificate fonti del diritto, catalogabili in testi giuridici cogenti e non cogenti, dichiarazioni internazionali e trattati, fino a giungere, con il passare degli anni, anche nel dettato normativo di alcuni ordinamenti nazionali[5].

Volendo ripercorre le tappe normative più salienti che hanno segnato l'affermazione del principio di precauzione, il primo riferimento è rinvenibile nella Dichiarazione Ministeriale della Prima Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord del 1984[6], a cui hanno fatto seguito altre e successive pronunce di consessi internazionali[7].

Decisiva è stata poi, senza dubbio, la data del 1992 quando all'esito della Conferenza di Rio de Janeiro su Ambiente e Sviluppo sono state adottate due Convenzioni[8] nelle quali il principio di precauzione ha avuto un ruolo fondamentale e del quale si è dato conto altresì nella Dichiarazione Finale al Principio n. 15[9], prevendendosi che «*al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di*

4 Al riguardo cfr. J.B, AUBY, *Le droit adroit adnistratif dans le société du risque. Quelques réflexion, Etudes et documents du conseil d'Etat*, 2005, n. 56, p. 351 ss.

5 Cfr. S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio d precauzione in diritto internazionale*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2006, n. 2, p. 322.

6 Il primo riferimento, a livello internazionale, al principio di precauzione («precautionary measures») si trova nella Dichiarazione Ministeriale della Prima Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Brema il 1° novembre 1984, ai paragrafi D,3 e H,7, in D. FREESTONE-T. IJILSTRA, *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*, Spinger Netherlands, The Hague, 1991, p. 61 ss.

7 Nella Dichiarazione Ministeriale della Seconda Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Londra il 25 novembre 1987, al suo paragrafo XVI, si trova la prima formulazione estesa del «principle of precautionary action» (in D. FREESTONE-T. IJILSTRA, *op. cit.*, p. 3). Del 1989 è la Raccomandazione sul Principio dell'Azione Precauzionale, adottata nel quadro della Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources, in D. FREESTONE-T. IJILSTRA, *op. cit.*, p. 152.

8 Il principio di precauzione ha un ruolo di rilievo nelle due Convenzioni aperte alla firma a Rio (la Convenzione sulla Biodiversità e la Convenzione quadro sul Cambiamento Climatico). Per una raccolta completa degli strumenti giuridici adottati a Rio v. S.P. JOHNSON (a cura di), *The Earth Summit. The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Springer, New York, 1993.

9 Principio n. 15, Dichiarazione di Rio (1992) «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale», dovendosi però opportunamente segnalare come in essa si faccia riferimento piuttosto che alla precauzione quale «principio» alla precauzione come «approccio».

In ambito europeo, dopo la Dichiarazione di Rio, il principio di precauzione ha trovato cittadinanza nel Trattato di Maastricht del 1992 e precisamente nell'art. 174 T.C.E., ora art. 191 del T.F.U.E., divenendo, insieme ai principi di prevenzione, correzione e a quello del «chi inquina paga» uno dei pilastri delle politiche ambientali europee[10].

Nel 2000 poi esso è stato inserito definitivamente tra i principi generali dell'ordinamento comunitario con la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 secondo la quale il principio in esame «*trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità*», aggiungendo che esso «*dovrebbe essere considerato nell'ambito di una strategia strutturata di analisi dei rischi, comprendente tre elementi: valutazione, gestione e comunicazione del rischio*» e precisando, tra l'altro, che «*nell'effettuare tale analisi, si dovrà tenere conto del principio generale e della giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche*»[11].

Nell'ordinamento italiano il principio di precauzione si è imposto a seguito della novella della legge 7 agosto 1990 n. 241 avvenuta ad opera della legge n. 15 del 2005 che, tra le varie modifiche introdotte, ha riformulato anche l'art. 1, contemplando tra i criteri che reggono l'attività amministrativa anche «i principi dell'ordinamento comunitario», tra i quali, senza dubbio, si può ricondurre altresì il principio in oggetto.

Nel Codice dell'Ambiente[12], fin dalla sua originaria formulazione, il principio di precauzione è venuto in rilievo in tema di danno ambientale, più specificatamente nell'art. 301 rubricato "*Attuazione del principio di precauzione*".

Successivamente, nel 2008, con il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 a modifica del Codice dell'Ambiente è stato inserito l'art. 3 *ter* la cui nuova formulazione ha richiamato espressamente la normativa europea prevedendo che «*la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai princìpi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati*

10 Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2004. *Contra* cfr. E. DALFINO, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 657; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004.

11 Cfr. al riguardo G. AMENDOLA, *Il principio di precauzione: una importante sentenza del Consiglio di Stato*, in *lexambiente*.it, 2023, cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici dottrinali e giurisprudenziali.

12 Cfr. D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, cd. TUA (Testo Unico Ambientale).

all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle Unioni europee, regolano la politica della Comunità in materia ambientale».

A questa norma ne seguono altre, in tutto il Codice, che richiamano più o meno esplicitamente il principio di precauzione[13].

In questo contesto il principio di precauzione viene a porsi quale espressione anche di un nuovo sistema valoriale, di una nuova dimensione etica orientata alla conservazione del pianeta per cui il decisore pubblico è chiamato alla cura degli interessi affidatigli in una prospettiva di sviluppo sostenibile[14].

Consolidata dunque la sua funzione nel quadro normativo a tutela dell'ambiente, il principio di precauzione trova positivo riconoscimento sia nell'ambito di dichiarazioni e convenzioni di diritto internazionale sia in ambito europeo e poi nazionale anche in materia di sicurezza degli alimenti, nelle politiche di tutela dei consumatori e della salute umana, animale e vegetale, così da poter essere invocato ogni qual volta un fenomeno, un prodotto o un processo risulti avere effetti potenzialmente pericolosi individuati tramite una valutazione scientifica, sia pur incerta, ma, di base, il più completa possibile imponendo di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere, individuando il livello di rischio tollerabile, la minaccia in questione[15].

---

13 Cfr. G. AMENDOLA, *Il principio di precauzione: una importante sentenza del Consiglio di Stato*, cit.; nonché L. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, n. 6, p. 809, ed ivi i relativi riferimenti.

14 Per una attenta analisi del principio di precauzione nell'ambito pubblicistico cfr. per tutti: D. AMIRANTE, *Il principio di precauzione tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. ambiente*, 2001, p. 16; A. BIANCHI-M. GESTRI (a cura di) *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario,* Giuffrè, Milano, 2006, pp. 429-459; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale,* in *Dir. comm. internaz.*, 2006, n. 2, p. 322; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. di Urbanistica*, 2020, n. 1; S. GRASSI-A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 9; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 157; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo,* in *Dir. gest. ambiente*, 2001, p. 45; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario,* Cedam, Padova, 2004; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2003, p. 1233; SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3, cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici sull'argomento.

15 Il principio di precauzione come rilevato nel testo è stato originariamente sancito nel diritto internazionale dell'ambiente all'interno della Dichiarazione di Rio del 1992. Nell'ambito dell'Unione europea è stato per la prima volta affermato nel Trattato di Maastricht del 1992, sempre nel quadro della politica in materia ambientale. Esso è stato poi trasposto nell'articolo 191 TFUE (*ex* art. 174 TCE). Sebbene tale principio si trovi espresso all'interno del TFUE solamente con riguardo alla materia ambientale, la Commissione europea con una Comunicazione del 2000 (Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final) ha affermato che «*in pratica la sua portata è molto più ampia ed esso trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi*

Per questa via il principio di precauzione o metodo precauzionale si impone quale strumento di governo del rischio[16].

Nella sua declinazione giuridica il principio è assunto quale criterio funzionale ad individuare risposte socialmente accettabili, a fronte di fattori di incertezza scientifica, cui si correla l'esposizione a condizioni di pericolo del contesto ambientale e del consesso umano.

Più che ad un principio in sé dotato di una propria connotazione etica, tale da richiedere svolgimenti ad essa conformi, ci si trova di fronte ad un metodo teso ad orientare nella direzione dell'adozione di misure tali da contenere l'allarme sociale con riferimento a possibili danni all'ambiente ed alla salute.

In questi termini, piuttosto che espressione della *hard law* di stampo ottocentesco il principio di precauzione riflette un diritto flessibile, a «struttura aperta»[17] proprio della post-modernità in cui all'astrazione della norma generale si sostituisce la decisione «caso per caso», alla stabilità della regola il carattere congiunturale della soluzione della singola evenienza, all'autorità del vincolo giuridico, la regolazione collaborativa[18].

E' così che il principio o metodo precauzionale si candida alla regolamentazione di situazioni connotate, a motivo dell'incertezza delle cognizioni scientifiche, dall'imprevedibilità del rischio in termini tali da sottrarre il soggetto destinatario della misura adottata alla responsabilità che dall'insorgere dell'evento pregiudizievole gli deriverebbe dalla rigidità della norma cogente posta a presidio di prevenzione del rischio prevedibile.

3. La protezione dal rischio pandemico: dal principio di prevenzione al principio di precauzione

---

sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità». Nell'ordinamento nazionale il principio di precauzione esplica la sua funzione in virtù del richiamo ai principi generali dell'ordinamento comunitario operato dall'articolo 1, comma 1 della legge n. 241/1990. Più tardi, sempre in materia ambientale, l'Italia ha codificato il principio di precauzione con il d.lgs. n. 152/2006, recante il c.d. Codice dell'ambiente, il quale, dopo averlo richiamato all'art. 3-*ter* tra i principi che informano l'azione ambientale, gli dedica l'art. 301.

16 In dottrina, sulla declinazione giuridica generale del principio di precauzione si vedano: M. BASILI, *L'epidemia di Covid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali,* in *Merc. conc. reg.,* 2019, pp. 475-483; A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro, prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti,* Aras edizioni, Fano, 2022; P. PASCUCCI, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Lav. dir.,* 2022, pp. 335-355; D. SCARPA, *Precauzione del gestore e responsabilità sociale d'impresa in funzione della sicurezza sul lavoro,* in *Tutela e sicurezza del lavoro,* 2013, pp. 13-35.

17 La definizione deve farsi risalire a L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, Padova, 2004.

18 In questo senso cfr. N. DE SADELEER, *I principi ambientali tra diritto moderno e post-moderno*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Cedam, Padova, 2006, p. 25.

Si comprende così come il principio di precauzione abbia informato di sé tutte le misure di contrasto al diffondersi della pandemia indotta dal virus SARS-CoV-2[19], dalle misure limitative della libertà di circolazione, che, già in una prima fase dell'emergenza, sono state disposte prima in maniera circoscritta nelle aree interessate dal contagio (con il d.l. del 23 febbraio 2020) e poi su tutto il territorio nazionale (con il D.P.C.M. del 9 marzo 2020), alle chiusure forzate di attività commerciali e di ristorazione, fino ad arrivare alle prescrizioni meno onerose ma che parimenti hanno influito in maniera rilevante sulla vita di tutti i giorni, come l'obbligo di indossare le mascherine, il divieto di assembramento, le raccomandazioni sull'igienizzazione delle mani.

Evento per la prima volta segnato dall'emergere di un rischio globale, imprevedibile stante l'incertezza delle cognizioni scientifiche, tale, dunque, da indurre la presunzione che un determinato comportamento fosse quantomeno rischioso, ossia potenzialmente capace, considerata la difficoltà scientifica di stabilire un nesso eziologico concreto, di generare un certo stato di pericolo[20].

---

19 Si tratta di osservazione ampiamente condivisa in ragione delle caratteristiche proprie della pandemia da Covid 19 da ultimo argomentata nella prospettiva della distinzione rispetto al principio di prevenzione da L. ROCCHI, *Art. 2087 c.c.: principio della massima sicurezza esigibile e rischio da contagio*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, p. 60. Per una approfondita disamina circa l'applicazione del principio di precauzione durante l'emergenza pandemica anche da un punto di vista critico si vedano gli atti del convegno webinar "*Covid-19: emergenza e diritti. Prevenzione e precauzione"* del 16-17 ottobre 2020 in *Riv. Giur. Amb.Dir*. Per tutti si vedano: V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza Coronavirus,* in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 4. Non mancano in dottrina posizioni critiche in ordine alla gestione secondo un approccio precauzionale che rischi di nuocere, come è avvenuto, altri diritti, ottenendo risultati opposti e/o, rilevandosi come l'emergenza coronavirus ha determinato una notevole espansione della tutela della salute intesa come assenza della malattia, a scapito di altre libertà. Sul punto per tutti cfr., ancora: M.S. BONOMI, *Diritti fondamentali e Covid-19*, in *Giornale dir. amm.,* 2020, n. 5, p. 681; R. CHIARELLI, *Emergenza e tutela ambientale. Introduzione al volume,* in *Riv. Giur. Amb.Dir.,* 2020, n. 2; ID., *Intervento. Brevi cenni sullo stato di precauzione*, in M.A. ICOLARI (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Giappichelli, Torino, 2022; G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.,* 2020; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.,* 2020, n. 4; T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 1; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia,* in *DirittoAmbiente.it*, 2020, n. 2; G. SCARSELLI, *Normativa Covid 19 e Costituzione. Discussione sulle nostre libertà,* in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2021, n. 1.

20 Per le ulteriori successive disposizioni intervenute al riguardo durante l'emergenza, sia consentito rinviare a L. FOGLIA, *La sicurezza del lavoro nell'evolvere delle misure di contenimento del contagio da Covid-19. Oltre i protocolli i vaccini?*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2021 ed ivi ai riferimenti dottrinali richiamati. Con riguardo all'emergenza epidemiologica "Covid-19", tra le misure prefigurate secondo un approccio precauzionale si annovera la stessa introduzione degli obblighi di vaccinazione *ex* art. 4, d. l. n. 44/2021, sul quale è intervenuto il Cons. Stato con sentenza n. 7045/2021, precisando sul punto che «*in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o,*

addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito -va ribadito- tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocumento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco«». Più di recente si vedano le sentenze della Corte Cost. nn. 14, 15 e 16 del 2023 che riconducono il fondamento dell'obbligo vaccinale al principio di precauzione e solidarietà, nonché corrispondente responsabilità, che costituisce la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Le pronunce hanno ritenuto non irragionevoli, né sproporzionate, le principali scelte adottate in periodo pandemico dal legislatore in merito ai vaccini. In particolare, sono state dichiarate *non fondate le questioni di costituzionalità* che erano state proposte quanto ai seguenti aspetti: 1) *obbligo vaccinale* (temporaneo) *del personale sanitario*; 2) *esclusione*, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, *della corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro* per chi sia stato sospeso, e ciò, sia per il personale sanitario che per il personale scolastico; 3) *mancata esclusione della necessità di prestare il consenso informato* alla vaccinazione. Le motivazioni delle due sentenze poggiano il fulcro del proprio ragionamento in buona parte sul bilanciamento fra i diversi valori costituzionali. In particolare, le sentenze si sono incentrate sull'equilibrio da raggiungere fra la libertà di cura e la dimensione collettiva della salute, entrambe menzionate e garantite dall'*art. 32 della Costituzione*. La Corte ha ribadito le *condizioni in presenza delle quali misure come l'obbligo vaccinale o una forte incentivazione alla vaccinazione sono legittime*. Devono in particolare sussistere i seguenti requisiti: a) il trattamento deve essere diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quello degli altri; b) il trattamento non deve incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; c) nell'ipotesi di danno comunque derivante dal vaccino, deve comunque essere prevista la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria. Queste *condizioni* sono state ritenute – con ampiezza di argomenti – sicuramente *esistenti nel caso in esame*, sulla base di una serie di motivazioni, le quali in parte approfondiscono e integrano la preesistente giurisprudenza della Corte costituzionale sui vaccini. Così, ad esempio, quanto alla prima condizione (*trattamento vaccinale utile anche alla comunità*), la Corte ha ribadito la centralità del *principio solidaristico*, che rappresenta «la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente». Ha inoltre sottolineato come, di fronte al «deflagrare di un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari», le misure di obbligo o incentivazione alla vaccinazione abbiano in vario modo realizzato l'*interesse della collettività* (come richiesto dall'art. 32 della Costituzione), e ciò sia per il contributo offerto alla *riduzione dei contagi* (particolarmente con le prime varianti del virus), sia per l'efficacia rispetto all'obiettivo di «evitare *l'interruzione di servizi essenziali* per la comunità» (quali sanità e scuola), sia infine per l'utilità rispetto al complessivo pericolo di «*congestione delle strutture ospedaliere e dei reparti intensivi*» e per «proteggere quanti entrano in contatto» con gli operatori sanitari. Con riferimento alla seconda condizione (*sicurezza complessiva del vaccino*), la Corte ha sottolineato che l'astratta possibilità, in casi rari, come per tutti i farmaci, di eventi avversi anche gravi, non elimina la sicurezza complessiva del vaccino in questione, considerato che, secondo le evidenze raccolte in modo inoppugnabile dalla comunità scientifica, *i benefici del trattamento superano chiaramente i rischi, e ciò sia per il soggetto che riceve il trattamento, sia per la comunità nel suo complesso*. A questo riguardo la Corte ha opportunamente insistito sull'esistenza nel nostro ordinamento di una *riserva di scienza*, vale a dire del dovere di Governo e Parlamento di adottare decisioni sempre fondate sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, acquisite attraverso gli organi tecnico-scientifici dello Stato e della comunità internazionale e non attraverso opinioni di singoli esperti, che del resto non si saprebbe come scegliere.

Quanto infine alla terza condizione (*previsione di un indennizzo nel caso di danni*), la Corte ha sottolineato come, nei casi rari di effettivo e serio danno da vaccino, sia previsto dalla legge un indennizzo, tanto per le vaccinazioni obbligatorie come per quelle solo raccomandate. L'obbligo non è irragionevole, anche perché temporaneo. La Corte ha ritenuto nel complesso proporzionato e non irragionevole l'obbligo introdotto dal legislatore per alcune categorie, perché temporaneo e soggetto a revisione, tanto che la fine del periodo di obbligo è stata anticipata «appena la situazione epidemiologica lo ha consentito», e perché si è trattato di una mera sospensione del rapporto lavorativo, senza alcuna conseguenza di tipo disciplinare, e non di una sua risoluzione. In merito poi alla questione del *consenso informato*, la Corte ha rilevato che l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge, e che qualora «il singolo adempia all'obbligo vaccinale, il consenso, pur a fronte dell'obbligo, è rivolto, proprio nel rispetto dell'intangibilità della persona, ad autorizzare la materiale inoculazione del vaccino». Con l'ultima sentenza n. 16/2023, depositata, come le altre, il 9 febbraio 2023, è invece stata dichiarata *improcedibile per ragioni processuali* la questione di costituzionalità riguardante le *norme che non avevano limitato la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria alle sole prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali* o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. Il motivo dell'improcedibilità è molto tecnico, riguardando il fatto che il giudice che ha sollevato la questione di fronte alla Corte (TAR della Lombardia) non aveva giurisdizione per occuparsi della questione, in quanto la causa avrebbe dovuto essere radicata presso il giudice ordinario e non presso il giudice amministrativo. Sul punto si rinvia a A. DE MATTEIS, *Le attese sentenze della Corte costituzionale del 9 febbraio sull'obbligo di vaccino*, in *Lav. dir. Eur.*, 2023. Numerosi gli interventi della dottrina giuslavorista. Cfr., senza pretese di completezza: M. BASILICO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?, Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V. A. Poso*, in *www.giustiziainsieme.it*, 30 marzo 2021; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro,* in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 1; M. D'APONTE, *Sulla configurabilità di un obbligo generale per il lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente,* in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2; A. DE MATTEIS, *Il decreto legge n. 44/2021 sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *ilgiuslavorista.it*, 5 aprile 2021; M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea,* in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2; P. PASCUCCI-C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Dir. sic. lav.*, 2021, p. 153; C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al lav.*, 2021, n. 16, p. 30 ss.; ID, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7 aprile 2021, p. 3 ss.; V. A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1 aprile 2021*), in *Rivistalabor.it*, *Aggiornamenti*, 10 aprile 2021; R. RIVERSO, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19 marzo 2021*, in *www.questionegiustizia.it*, 29 marzo 2021; ID, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021,* in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 12 aprile 2021; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da V. A. Poso*, 3 aprile 2021; M. VERZARO, *Ecce lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 2. Sulla questione dei vaccini in generale v. P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, J. C. VILLALÒN, V. FERRANTE, G. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, D. ZUMBO, V. A. POSO, R. ROMEI, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro,* in *www.rivistalabor.it* (22 gennaio-10 febbraio 2021); G. CAZZOLA,

Analogo approccio al problema del rischio pandemico si è imposto sul versante specificamente lavoristico attinente all'ambito della salute e sicurezza sul lavoro, segnando il superamento della prospettiva consolidatasi nel tempo che vede espressamente codificato il solo aspetto della prevenzione delineato nell'art. 2, lett. n. del d.lgs. n. 81/2008 come «*il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*», in armonia con la definizione a riguardo recata dall'art. 3 della direttiva quadro 89/391/CEE successivamente modificata dalla direttiva 2007/30/CE, nonché integrata dalle direttive settoriali emanate nel corso degli anni, che fa riferimento al «*complesso delle disposizioni o misure previste in tutte le fasi dell'impresa per evitare e diminuire i rischi professionali*». Più precisamente l'attuazione dell'obbligazione di sicurezza vede ampliare il proprio ambito di intervento ricomprendendo all'interno del perimetro di riferimento la cd. massima sicurezza tecnicamente possibile, riconducibile all'art. 118 del Trattato CEE e tipica dei sistemi continentali. È pur vero che assunta nella sua accezione comune il termine precauzione può intendersi come prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche tanto più che non troverebbe giustificazione il sottrarsi agli obblighi

---

Un dibattito surreale, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1; V. DE LUCA-A. IACOBELLIS, *Infortunio da Covid-19, profili critici,* in *Guida al lav.*, 2020, n. 20, p. 46 ss.; L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro,* in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 17 aprile 2021; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7 febbraio 2021; ID, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7 marzo 2021; ID, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid., ivi*, 27 febbraio 2021; P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1, p. 4; ID, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al lav.*, 2021, n. 3, p. 10 ss.; P. IERVOLINO, *Vaccinazione e Pandemia tra diritto e etica,* in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 8 aprile 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1, p. 1 ss.; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 1 febbraio 2021; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi*?, in *Dir. sic. lav.*, 2020, p. 81 ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 1; L. PAPA-N. A. MAGGIO, *COVID 19: Il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1; S. PUTINATI-A. KELLER, *Covid-19: scudo per i datori, ma residua un rischio di responsabilità penale per colpa generica*, in *Guida al lav.*, 2020, p. 29 ss.; R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 15 marzo 2021; M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s)proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, 2021, n. 6, p. 267 ss. In generale, sulla sicurezza del lavoro durante la pandemia M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 267 ss.; A. PERULLI, «*Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo del COVID-19*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 299 ss.

prevenzionistici in relazione allo stato di incertezza o di ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, dovendo essere loro assicurata protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate sul piano scientifico l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi[21]. Il che legittimerebbe il tentativo di parte della dottrina si stabilire tra i due concetti una relazione meramente quantitativa per la quale la precauzione «*tende ad ampliare al massimo grado il principio di prevenzione*»[22].

Ma tra principio di precauzione e principio di prevenzione non vi è sul piano giuridico completa assimilazione dal punto di vista dei contenuti[23].

Se ne trae conferma dalla richiamata direttiva europea 89/391CEE che disciplina la responsabilità per colpa derivante dai soli rischi professionali (art. 1, par. 2)[24], intesi in senso stretto quali rischi che trovano la loro fonte nell'attività di impresa per essere insiti nel tipo di professione o nel contesto organizzativo così da investire il prestatore nell'esercizio delle sue mansioni, nel quadro di un sistema orientato all'eliminazione del rischio attraverso l'obbligatoria adozione di misure note come idonee allo scopo.

Sistema al quale, come detto, si conforma pienamente, anche nella sua formulazione testuale, la normativa italiana.

Si deve piuttosto convenire con il rilievo per cui a differenza del principio di prevenzione quello di precauzione «*riflette il generale mutamento di ottica e di prospettiva del pensiero giuridico che consegue al venire meno del tradizionale fondamento epistemologico della certezza assoluta della scienza*»[25]. Sta di fatto che il principio di precauzione non è suscettibile di tradursi, per difetto di concretezza, in preciso comando giuridico[26].

---

21 In questi termini si è pronunciato il Consiglio di Stato con la decisione assunta dalla sezione III, n. 6655 del 3 ottobre 2019, in *Giust. amm.*, 2020, n. 5, pp. 1-13.

22 La citazione è tratta da S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente,* in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 933, negli stessi termini B. MAGGI-G. RULLI, *Benessere, prevenzione, rischio*, Tao Digital Library, Bologna, 2018, p. 6.

23 In tal senso S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 12, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; si veda anche L. ROCCHI, *op. cit.*, p. 60, F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020, n. 32, 217 ss., che configura il rapporto tra precauzione e prevenzione nei termini di mezzo a fine per cui "*la precauzione è l'approccio che il decisore pubblico deve usare in funzione della prevenzione (…) Così impostato, il rapporto tra precauzione e prevenzione consente di anticipare quanto più possibile l'intervento dei poteri pubblici per rispondere alla richiesta di sicurezza dei cittadini*" ma già P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul titolo I del decreto legislativo. n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro,* in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2008, n. 73, p. 28; per la mancanza di rilevanza pratica della distinzione tra principio di precauzione e principio di prevenzione si veda B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 78.

24 Così L. ROCCHI, *op. cit.*, p. 61.

25 Cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 1086.

26 In questi termini si esprime il TAR del Lazio nella decisione n. 5118 del 31 maggio 2004, in *Foro amm.*, 2005.

Necessita di specificazione, di definirsi contenutisticamente attraverso l'individuazione in relazione al caso concreto delle misure che ne costituiscono applicazione.

E' così che la garanzia della salute e sicurezza dei lavoratori avverso la diffusione nei luoghi di lavoro del contagio da virus SARS-CoV2 veniva a concretarsi non nell'imposizione ai datori di lavoro dell'adozione di presidi scientificamente testati come idonei all'eliminazione del rischio, ma nella negoziazione tra tutti i soggetti coinvolti, da quelli aventi responsabilità pubbliche, a muovere dallo stesso Governo, agli esponenti di interessi privati, quali i datori di lavoro, i sindacati e gli stessi lavoratori, di comportamenti ipotizzati utili allo scopo di evitare o contenere l'esposizione al rischio e nell'ottemperanza ad essi.

4. Negoziazione delle regole ed attenuazione delle responsabilità

Il negoziato giungeva a conclusione con la stipula del "*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del virus Covid 19 nei luoghi di lavoro*" siglato tra Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020 ed aggiornato il successivo 24 aprile 2020 per essere poi incluso come allegato al D.P.C.M. emanato il 26 aprile 2020[27].

Esso si sostanziava essenzialmente nella definizione di misure igienico-sanitarie ed organizzative da applicare all'interno dei luoghi di lavoro per garantire "adeguati livelli di protezione.

Tra le misure organizzative si annoveravano la riduzione al minimo possibile, nel periodo di emergenza, della presenza dei dipendenti in azienda, con ricorso, agevolato dal legislatore al lavoro agile, a turnazioni, ad istituti contrattuali quali i ROL, la banca ore, le ferie maturate e non godute, l'informazione sui rischi derivanti da Covid 19 e sulle misure igienico-sanitarie consigliate ed applicate in azienda, l'adozione di specifiche modalità di ingresso e uscita dall'azienda, con diluizione di tempi e distanze, sia per i lavoratori che per utenti e fornitori, l'irrobustimento della sorveglianza sanitaria ad opera del medico competente, con particolare attenzione ai lavoratori «fragili» e l'adozione di provvedimenti in caso di presenza di persone sintomatiche, fermo restando il rispetto delle norme sulla *privacy* nell'attuazione delle misure di prevenzione e controllo sanitario, la costituzione di un comitato aziendale o territoriale per l'applicazione e la verifica delle regole del Protocollo, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

Quanto alle misure igienico-sanitarie si prevedeva l'eventuale misurazione della temperatura e l'adozione delle conseguenti misure nel caso di superamento dei limiti ritenuti di attenzione, la pulizia giornaliera degli ambienti e la loro sanificazione periodica e comunque ove necessario, l'igiene personale obbligatoria con fornitura dei relativi mezzi detergenti e igienizzanti, il rispetto delle distanze interpersonali minime, l'accesso contingentato agli spazi comuni, la fornitura, in caso di impossibilità del rispetto della distanze, di appositi dispositivi

27 Non sono tuttavia mancati protocolli riferiti a categorie e settori specifici tra i quali vanno ricordati il Protocollo Trasporti e Servizi del 19 marzo 2020, il Protocollo Sanità, Servizi socio-sanitari e socio-assistenziali del 25 marzo 2020, il Protocollo Cantieri del 26 aprile 2020 su cui vedi S. CASSAR, *Prime osservazioni in ordine ai Protocolli di sicurezza anti-contagio* in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, Roma, 2020, p. 81.

di protezione individuale (mascherine, guanti, occhiali, tute, cuffie, camici conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie).

Al carattere concordato, contingente e flessibile, anche in considerazione della loro adattabilità ai singoli contesti aziendali, delle regole poste fa riscontro l'attenuarsi degli oneri gravanti sui datori di lavoro.

Il contagio da Covid-19 verificatosi nell'ambiente di lavoro è comunque riconosciuto ai sensi dell'art. 42 del d. l. n. 18/2020, convertito nella l. n. 27/2020 come interpretato dall'INAIL con la nota n. 3675 del 13 marzo 2020 e con la successiva circolare del 3 aprile come infortunio sul lavoro a tutti gli effetti.

Ovviamente deve ricorrere l'occasione di lavoro che costituisce il presupposto fondante la responsabilità del datore per il danno all'integrità fisica del lavoratore conseguente al verificarsi dell'evento rinvenibile, secondo la giurisprudenza più recente, relativamente a qualsiasi evento semplicemente occasionato dal lavoro e quindi non intrinsecamente connesso allo svolgimento delle mansioni tipiche, purché riconducibile ad un'attività strumentale al loro espletamento o comunque collegata al soddisfacimento delle esigenze lavorative[28].

Questa necessita di prova da parte del lavoratore ove non sia stata considerata presunta come si è verificato per gli operatori sanitari, i lavoratori a costante contatto con il pubblico e l'utenza, i lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, gli addetti alle vendite/banconisti nonché il personale del settore della sanità operante negli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizia, di addetti al trasporto infermi.

Cosicché si è previsto che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, il lavoratore avrà diritto, previo invio di certificato di infortunio da parte del medico, alle prestazioni erogate dall'INAIL, anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato, con la conseguente astensione dal lavoro.

A ciò, peraltro, corrisponde la previsione per la quale tali eventi non saranno computati ai fini dell'oscillazione del tasso dell'andamento infortunistico per il calcolo dei premi assicurativi dovuti dalle aziende.

Analogamente l'incertezza scientifica circa il determinarsi del contagio ha inciso in termini di indeterminatezza del comportamento colposo cui consegue di norma la responsabilità penale del datore di lavoro, giustificandosi così la scelta legislativa operata con l'art. 29 *bis*, inserito nella l. 5 giugno 2020, n. 40, di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, secondo cui «*ai fini della tutela contro il rischio del contagio da Covid-19 i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del Covid-19 sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le Parti sociali … e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33 nonché mediante l'adozione ed il mantenimento delle misure ivi previste*» che vale a circoscrivere all'inottemperanza alle richiamate prescrizioni della responsabilità a riguardo imputabile al datore di lavoro.

28 Sul punto cfr. per tutti: G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile,* in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 2; G. CANAVESI-E. ALES, *La tutela antinfortunistica oggi*, ESI, Napoli, 2019.

5. Il principio di precauzione come diritto dell'incertezza

Alla luce di quanto sopra trova conferma la specificità sul piano giuridico del principio di precauzione, data dall'attitudine di questo a porsi quale parametro di regolazione di situazioni connotate dall'imprevedibilità dei rischi, di portata tendenzialmente globale per attenere in particolare alla salute e all'ambiente. Imprevedibilità conseguente alle carenze cognitive della scienza, a porsi, dunque, quale criterio ordinatore di un diritto dell'incertezza a fronte di una scienza «incerta»[29].

Va comunque chiarito, come correttamente si è ritenuto di evidenziare da parte del Consiglio di Stato, che la dinamica applicativa del principio, "lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, postula più di qualunque altro principio del diritto una solida base scientifica" consentendo di individuare "il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza" e così "una gestione collettiva del rischio". Non a caso, nell'affermare, a specificazione della direttrice di quel percorso, che "il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del "rischio zero" semmai impone al decisore pubblico, legislatore o amministratore, in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile, si rileva che la selezione di tale soglia può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile"[30].

Resta il problema del bilanciamento degli interessi, condizionato dall'opzione di fondo tra tesi massimalista e tesi minimalista.

In base alla prima tesi il ricorso a misure precauzionali è intrinsecamente legata all'aumento dei fattori di rischio nella nostra società[31] e risponderebbe ad un'etica della responsabilità che tenta di fronteggiare la «insicurezza generata da un indiscusso, incondizionato ed incontrollato primato della scienza (…) e da alcuni degli effetti collaterali determinati dall'incessante modernizzazione della società contemporanea (…) resi più sconcertanti dall'autentica capacità di annientamento che essi sono in grado di spiegare»[32].

Per l'opposta tesi l'approccio precauzionale impone alla pubblica autorità di prescrivere o vietare pur in circostanze di non conoscenza, ovvero in assenza di una chiara rappresentazione dei presupposti empirici a giustificazione dell'intervento, creando una situazione di conflitto con il metodo scientifico dal momento che suggerisce la limitazione o la messa al bando di

29 Così M. TALLACHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, Olschki, Firenze, 1999, p. 57 ss.

30 Il riferimento è alla pronunzia del Cons. Stato, V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

31 Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018, XV ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, XVII; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1676, nota 9; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

32 Così A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 9 maggio 2011, p. 2.

pratiche, agenti, fenomeni o attività che la scienza non ha provato essere pericolosi. In questa ottica si è sostenuto il carattere paralizzante del principio di precauzione atteso che, «*imponendo il divieto di una determinata attività porta con sé altri rischi che derivano proprio dal mancato svolgimento di quella attività, per impedire i quali bisognerebbe invece consentirla*»[33] e più in generale la dottrina si è espressa in termini estremamente critici sulla compatibilità del principio anche con alcuni principi irrinunciabili della scienza giuridica come la certezza del diritto ed il principio di legalità.

Dirimenti sono stati al riguardo gli interventi della Corte costituzionale.

Sul tema, i giudici della Consulta hanno innanzitutto precisato che il principio di precauzione "*rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base dei dati scientifici sufficienti ed attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività*"[34]. Punto fondamentale, alla base di tutti i ragionamenti della Corte, è l'idea secondo cui il presupposto per l'adozione della misura precauzionale deve sempre rinvenirsi in un'adeguata valutazione del rischio sulla scorta di istruttoria compiuta con elevata competenza scientifica[35]. La Corte ha inoltre voluto chiarire che, una volta individuato il rischio, nel modo sopra descritto, non rientra nell'esercizio del potere giurisdizionale la possibilità di sostituire l'istruttoria effettuata con propri autonomi accertamento e conseguente valutazione[36], riconoscendo l'esclusività di tale prerogativa in capo al solo legislatore che quindi è tenuto ad individuare un «*punto di equilibrio necessariamente dinamico e non prefissato in*

33 In questi termini prospetta il problema R. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020.

34 Così Corte cost., 3 novembre 2005, n. 406 in *Giur. cost*., 2005, n. 6, p. 4429.

35 Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it*., 2003, I, p. 293 ss., con nota di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e riparto di competenze fra Stato e Regioni*., nella quale è stata stigmatizzata la sospensione, da parte di una normativa regionale, di una pratica terapeutica che era stata disposta in assenza di specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti. Nella medesima prospettiva ma con esiti differenti in tema di OGM cfr. anche Corte cost., 8 marzo 2006, n. 116, in *Giur. cost*., 2006, p. 1099 ss., con note di R. MANFRELLOTTI, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, e di E. STEFANINI, *Principio di coesistenza e Regioni ogm-free: fine della moratoria sulle coltivazioni transgeniche in Italia*; P. MILAZZO, *Alcune questioni di interesse costituzionale in materia di organismi geneticamente modificati in agricoltura*, in *Dir. pubblico*, 2005, p. 232 ss.; P. BORGHI, *Colture geneticamente modificate, ordinamenti e competenze: problemi di coesistenza*, in *Le Regioni*, 2006, p. 976 ss.; nonché, da ultimo, G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Giur. cost*., 2015, p. 89.

36 Cfr. Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185, in *Rass. giur. san*., 1998, p. 172; Corte cost., 9 maggio 2002, n. 202, in *Giur. Cost*., 2002, p. 1599; Corte Cost., 6 aprile 2005, n. 135, in *Rass. giur. san*., 2005, n. 257, p. 136; Corte cost., 3 novembre 2005, n. 406, in *Giur. it*., 2006, p. 1123 ss.; Corte cost., 17 marzo 2006, n. 106 in *Giur. cost*., 2006, p. 2; Corte cost. 23 luglio 2009, n. 235, in *Giur. Cost*., 2009, n. 4, p. 2895; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 248, in *Giur. cost*., 2009, n. 4, p. 3278; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 93 in *Giur. cost*., 2013, n. 3, p. 1592; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giur. cost*., 2014, n. 6, p. 4670; Corte cost., 9 maggio 2015, n. 83, in *Giur. cost*., 2013, n. 3, p. 1424; Corte cost., 12 luglio 2017, n. 170, in *Giur. Cost*., 2017, n. 4, p. 1555; Corte cost., 8 novembre 2017, n. 232, in *Giur. cost*., 2017, n. 6, p. 2340; Corte cost., 15 novembre 2017, n. 240, in *Giur. cost*., 2017, n. 6, p. 2478.

anticipo» tra le esigenze di salvaguardia della salute e/o dell'ambiente, da un lato, e la libertà e/o gli interessi economici, dall'altro[37].

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale tale bilanciamento è stato attuato in termini tali da giustificare scelte legislative che impongono la contrazione di interessi di rilievo costituzionale a scopo precauzionale solo a condizione che siano supportate da opinioni scientifiche anche non pacificamente condivise, così risolvendosi il sindacato del Giudice delle leggi in un giudizio di «ragionevolezza scientifica», ovvero nella verifica della correttezza scientifica dei presupposti empirici su cui poggia la scelta normativa[38].

E da tale criterio della "ragionevolezza scientifica" la Corte costituzionale non si è discostata neppure nell'ambito delle pronunzie con cui ha inteso sancire la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 per il personale sanitario, per quanto ivi la Corte medesima fosse giunta a ritenere come, alla luce dell'analisi costi//benefici, il principio di precauzione avesse visto mutare la sua portata applicativa, passando dall'inibizione dei comportamenti generatori del rischio all'imposizione di misure contenitive del medesimo. Mutamento cui si correla il diverso contegno del decisore pubblico ora tenuto "a consentire o, addirittura, ad imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi … assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale di rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco è di gran lunga inferiore al reale nocumento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco"[39].

Così, nel 2023 la Corte costituzionale nel vagliare la legittimità degli obblighi vaccinali imposti dal legislatore per fronteggiare l'emergenza pandemica ha emesso alcune sentenze di notevole rilevanza[40]. Con queste pronunce la Consulta ha colto l'occasione per confermare il proprio indirizzo giurisprudenziale circa il complesso rapporto tra le decisioni politiche e

---

37 Cfr. M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa,* in B. MARCHETTI-M. RENNA (a cura di), *Principio di precauzione, Cedu, prevedibilità dell'azione amministrativa, affidamento de privato,* Firenze University Press, Firenze, 2016.

38 A riguardo cfr. G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici fra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO-F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, ESI, Napoli, 2018, p. 287 ss.

39 Il riferimento è alle sentenze n. 14, 15 e 16 del 2023.

40 Cfr. ancora Corte cost., 9 febbraio 2023, nn. 14, 15 e 16, cit. In dottrina sullo specifico argomento cfr. L. BUSATTA, *Giustizia costituzionale e obblighi vaccinali: alla Corte l'occasione, in cinque tempi per consolidare il proprio orientamento,* in *Osservatorio Cost.*, 2023, n. 4, p. 105; cfr. M. MASSA, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali,* in *Corti Supreme e Salute*, 2023, n. 1, p. 3 ss.; C. IANNELLO, *La sentenza n. 14/2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo solo se serve a prevenire il contagio,* in *Osservatorio Cost.*, 2023, n. 4, p. 1; V. BALDINI, *L'emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, *in www.dirittifondamentali.it*, 2023, n. 1, p. 390; G. VECCHIO, *Riflessioni sulla sospensione della retribuzione a favore dei lavoratori obiettori dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2023, n. 1, p. 425; E. AURELI, *Tre sentenze per mettere fine alla discussione sulla legittimità del vaccino contro il Covid. Le sentenze 14, 15, 16 del 2023 e la problematica prassi dell'anticipo del contenuto delle pronunce nei comunicati stampa della Corte*, in *BioLaw Journal*, 2023.

discrezionali e gli indirizzi medico-scientifici e per delineare nuovamente i margini del proprio sindacato giurisdizionale.

Oggetto del sindacato di legittimità della Corte sia nella sentenza n. 14 sia nella n. 15 è stato il decreto-legge n. 44 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 76 del 2021.

Con la prima pronuncia (n.14) il *focus* è stato sull'accertamento della conformità dell'obbligo vaccinale anti Covid, introdotto per alcune categorie professionali (in particolare per gli esercenti le professioni sanitarie in modo indistinto), rispetto a quei parametri costituzionali, delineati dalla stessa Corte negli anni '90, con riguardo a tale tema in termini più generali[41].

In questa sede i giudici hanno statuito che «*L'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio trova giustificazione in quel principio di solidarietà che rappresenta la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal costituente*»[42], confermando quindi quel consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui in considerazione del «*rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività*»[43] «*in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno può essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario*»[44]. Con l'ulteriore precisazione operata dai giudici che, in caso di danni subiti da chi si sottopone all'obbligo vaccinale, al fine di dare concreta realizzazione al suddetto dovere inderogabile di solidarietà, è previsto il diritto all'indennizzo, quale condizione di legittimità dell'obbligo stesso.

Nella seconda pronuncia (n. 15) invece aspetto sul quale ci si è concentrati è stato quello della legittimità della scelta individuale di alcuni lavoratori, addetti al servizio sanitario nazionale e dunque soggetti al sopra citato obbligo di vaccinazione, di non aderirvi e della ragionevolezza e proporzionalità del provvedimento di sospensione di questi, rispetto alle alternative della sottoposizione periodica al tampone e dell'assegnazione a mansioni differenti, in cui non vi sia il contatto fisico con i pazienti. Per quanto riguarda la misura alternativa del controllo tramite tampone, la Corte ha affermato che ciò, a differenza del vaccino, "*sarebbe stata del tutto inidonea a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del servizio sanitario nazionale*". Con riguardo invece alla possibilità di assegnare i lavoratori non vaccinati a mansioni diverse, ipotesi contemplata dallo stesso legislatore per quei soli soggetti che non potessero vaccinarsi per certificate ragioni mediche, la Corte ha operato un bilanciamento tra l'interesse del lavoratore allo svolgimento dell'attività lavorativa e quello del datore di lavoro a non essere destinatario di ulteriori oneri, in una situazione, quale è stata quella pandemica, già particolarmente gravosa, propendendo a favore di tale secondo elemento e ritenendo dunque non irragionevole e non discriminatoria la previsione legislativa di sospensione dal lavoro per quei lavoratori che volontariamente si sottraevano all'obbligo di vaccinazione.

41 Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307 (sul vaccino antipoliomielite), 23 giugno 1994, n. 258 (sulla vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale B), 18 gennaio 2018, n. 5 (sui vaccini obbligatori per i minori).

42 Cfr. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75.

43 Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

44 Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

Infine, merita di essere attenzionata anche la questione sottostante la sentenza della Corte Costituzionale n. 16 del 2023, sebbene di fatto conclusa con una pronunzia di inammissibilità. Il fatto riguardava una psicologa libero-professionista, sospesa dalla professione per il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale. Il dubbio di legittimità costituzionale si concentrava sulla compatibilità dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 e successive modifiche e integrazioni con i principi di ragionevolezza e proporzionalità *ex* art. 3 della Costituzione, oltre che con gli artt. 2, 4, 32 della Costituzione, alla luce della difesa presentata dalla parte in causa, la quale sosteneva di svolgere i colloqui con i propri pazienti esclusivamente in via telematica, sottolineando dunque l'irragionevole estensione dell'obbligo vaccinale ai professionisti che non hanno contatto fisico con i pazienti.

Qualche mese dopo, con la sentenza n. 185 del 2023, la Corte ha avuto modo di esprimere il proprio orientamento con riguardo ad una situazione simile relativa alla sospensione dall'esercizio della professione del direttore di un laboratorio di analisi a seguito dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale. Anche in questo caso nella difesa della parte si è evidenziata l'assenza di contatti fisici con pazienti nell'esecuzione delle proprie mansioni e dunque si lamentava la medesima irragionevolezza della normativa di cui sopra. I giudici in questa occasione, dichiarando la questione di legittimità non fondata, chiariscono che la previsione dell'obbligo vaccinale per determinate categorie di professionisti non è una scelta irragionevole ma, al contrario, essa è giustificata dall'esigenza di garantire una chiara e univoca individuazione dei soggetti su cui esso grava, per consentire una sua agevole e rapida attuazione.

Ora, come rilevato, prima ancora dell'intervento giurisprudenziale in materia di obbligo vaccinale a seguito della vissuta emergenza pandemica, la Corte costituzionale, nelle sentenze emesse sul caso ILVA, la n. 85 del 9 maggio 2013, la n. 182 del 13 luglio 2017 e la n. 58 del 2018, afferenti alla materia lavoristica così che il conflitto emergeva *in apicibus* tra diritti del pari fondamentali quali salute e lavoro, ha avuto modo già di delineare con certezza il paradigma alla cui stregua condurre il giudizio in ordine al bilanciamento degli interessi, ribadendo che «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza sugli altri. La tutela deve sempre essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe tiranno nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona*»[45].

Tuttavia, di quel giudizio quelle stesse pronunzie finiscono per rivelare il carattere meramente contingente e sostanzialmente «politico»[46].

E' da notare come, facendo leva sul medesimo paradigma sopra richiamato, mentre nella sentenza n. 85/2013 la Corte costituzionale, operando il bilanciamento tra il diritto alla salute ed il diritto al lavoro, indicati nel caso come tra loro in conflitto, ha privilegiato la tutela dell'occupazione sul presupposto della ragionevolezza della compressione di un diritto

45 Così testualmente Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, al punto 9.

46 Così F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, cit., p. 197.

fondamentale quale la salute - generalmente non tollerata in una condizione ordinaria – se temporanea e funzionale a prevenire un'altra emergenza data dalla perdita dell'occupazione di migliaia di persone, mentre nella sentenza n. 58/2018, lo sfociare della decisione nella declaratoria di illegittimità costituzionale del provvedimento legislativo del Governo non rispondente a criteri di proporzionalità e ragionevolezza trova fondamento nell'aver il giudizio di bilanciamento, pur permanendo la medesima situazione di fatto (a distanza di sei anni l'emergenza sanitaria non si era attenuata e permaneva identica l'emergenza occupazionale) visto mutare il riferimento comparativo. Tale ultimo riferimento non è più rappresentato dal diritto al lavoro, bensì dall'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, da un lato, e, dall'altro, dai diritti costituzionali ed inviolabili alla tutela della salute e della vita stessa cui deve ritenersi «*inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e salubre*». Il mutare del riferimento comparativo ha inciso in termini tali da sottrarre al confronto il diritto al lavoro, incluso nel diritto alla salute in ragione della garanzia dell'adibizione del lavoratore in ambienti salubri ed assumere quale termine della comparazione la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., costantemente valutato nella giurisprudenza della Corte costituzionale recessivo rispetto alla sicurezza del lavoro.

Il che rende ragione dell'essere la nostra «società del rischio» posta innanzi alla drammaticità della scelta di compressione di diritti fondamentali tra loro in conflitto, in relazione ai quali il principio di precauzione può offrirsi come parametro valendo a fondare, a fronte della "scienza incerta" un diritto dell'incertezza, destinato, tuttavia, a risultare condizionato dall'irrisolto problema dell'accettabilità politica e sociale di un simile approdo.

LA FORMAZIONE DEI LAVORATORI NELL'AMBIENTE VIRTUALE. RISCHI E OPPORTUNITÀ DEL METAVERSO.

Nicoletta De Angelis *

Abstract [It]: L'evoluzione della digitalizzazione e delle forme di utilizzo del web, implementate soprattutto durante la vissuta emergenza sanitaria, hanno portato datori e lavoratori a operare in contesti lavorativi dai confini sempre più sfumati. Oggi la nuova frontiera del lavoro è rappresentata dal metaverso: uno spazio digitale tridimensionale nel quale il lavoratore si muove tramite il suo *avatar.* Se questo nuovo ambiente di lavoro per un verso, può rappresentare un vantaggio soprattutto nell'ambito della formazione dei lavoratori, ove gli stessi sono sottratti ai consueti rischi legati all'apprendimento di lavorazioni pericolose. Per un altro verso, in esso possono svilupparsi nuovi rischi connessi in particolare alla dimensione virtuale in cui si svolge la prestazione. Ciò comporta l'esigenza di ripensare alla formazione dei lavoratori che svolgono la loro attività in tale contesto.

Abstract [En]:*The evolution of digitization and the ways in which the internet is utilized, especially during the recent health emergency, have led employers and workers to operate in increasingly blurred work contexts. Today, the new frontier of work is represented by the metaverse: a three-dimensional digital space in which the worker navigates through their avatar. While this new work environment can be advantageous, particularly in the realm of worker training where individuals are shielded from the usual risks associated with learning hazardous tasks, it also presents new risks, especially in the virtual dimension in which performance takes place. This necessitates a reevaluation of worker training for those operating within this context.*

SOMMARIO: 1. La traslazione del luogo di lavoro dalla realtà fisica a quella virtuale. **– 2.** Il ruolo chiave della formazione dei lavoratori nel mercato del lavoro che cambia. Rischi e opportunità delle tecniche immersive di apprendimento **– 3.** Formazione esperienziale e *gamification*. **– 4.** Formarsi ai (nuovi) rischi presenti nel metaverso.

1. La traslazione del luogo di lavoro dalla realtà fisica a quella virtuale

I recenti cambiamenti del mercato del lavoro, accelerati dalla vissuta emergenza sanitaria, hanno portato datori e lavoratori a dover operare in contesti lavorativi dai confini sempre più sfumati. Ampiamente superata la logica dell'impresa fordista, che vedeva il dipendente impegnato in un ciclo produttivo talmente serrato da impedirgli finanche di allontanarsi dalla catena di montaggio, oggi assistiamo a una vera e propria dematerializzazione del luogo in cui si svolge la prestazione di lavoro.

L'esperienza di spazi di lavoro ibridi, avvenuta durante la pandemia, ha sospinto il passaggio da un modo di lavorare tradizionale, fatto di luoghi fisici, a una nuova dimensione virtuale[1]; dimensione nella quale molti credono che si svilupperà l'ambiente di lavoro del futuro.

Attraverso l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale di ultima generazione, di realtà virtuale aumentata, di simulatori di visione tattili e di movimento, il lavoratore, tramite il suo avatar[2], potrà accedere al metaverso[3].

La nozione di metaverso si presta a molte e variegate interpretazioni, il termine compare per la prima volta nel 1992, in un romanzo di fantascienza di Neal Stephenson, "*Snow Crash*", ma il primo sviluppo concreto del metaverso avviene attraverso il videogioco "*Second Life*" che consiste nella creazione di un mondo virtuale che offre ai propri utenti/residenti la possibilità di avere una seconda vita *online* grazie ad avatar personalizzati.

Tralasciate in questa sede le valutazioni circa le reali aspettative sottese alla sua nascita, il primo problema che si pone in ambito lavoristico è quello di arrivare a comprendere se il metaverso possa essere considerato a tutti gli effetti un luogo di lavoro e se il lavoratore, calato in quel particolare contesto, possa godere della disciplina tipica di cui usufruisce nel mondo reale[4].

A ben vedere da una prospettiva puramente giuridica, i confini del fenomeno appaiono ancora talmente labili da porre chiunque tenti di offrire una mappatura delle questioni regolative, da esso sollevate, dinanzi ai limiti derivanti dalla comprensione ancora troppo

---

1 * *Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Salerno.*

Parla di «scomposizione dell'unità spaziotemporale che costituiva la cifra del diritto del lavoro delle origini», M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, Campobasso, 25-26 maggio 2023.

2 Per una ricostruzione del fenomeno si rinvia a C. ROMEO, *L'avatar, il metaverso e le nuove frontiere del lavoro: traguardo o recessione*, in *Lav. giur.*, 2023, n. 5.

3 V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, *Labour & Law Issues*, vol. 8, n. 2, 2022, p. 42.

4 Con riferimento alle tematiche relative a lavoro e metaverso si rinvia a: L. LAZZERONI, *Metaverso*, in AA.VV., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 162; M. MARTONE, *Prime riflessioni su lavoro e metaverso*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, n. 6, pp. 1131 ss.; v. anche il fascicolo monografico di *Labour & Law Issues,* 2022, n. 2, ed ivi gli scritti di A. DONINI - M. NOVELLA - M.L. VALLAURI, *Prime riflessioni sul lavoro nel metaverso*, III ss.; A. DONINI - M. NOVELLA, *Il metaverso come luogo di lavoro. Configurazione e questioni regolative*, p. 4 ss., M. LOMBARDI, *Il lavoro nel metaverso: uno spazio indefinito del possibile*, pp. 28 ss.; V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, cit., pp. 42 ss., M. PERUZZI, "*Almeno tu nel metaverso". Il diritto del lavoro e la sfida dei nuovi spazi digitali*, pp. 64 ss.; F. LAMBERTI, *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali*, in *Federalismi*, 2023, p. 1; C. GHITTI, *Il lavoro nel metaverso*, in M. PICCINALI - A. PUCCIO (a cura di), *Il metaverso. Profili giuridici e operativi*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 209 ss.; F. COSTANTINO, *Il lavoro nel metaverso*, in G. CASSANO - G. SFORZA (a cura di), *Metaverso*, Pacini, Lucca, 2023, pp. 381 ss.

superficiale dello stesso[5]. Eppure tra gli studiosi si inizia ad avvertire l'urgenza di individuare un nucleo essenziale di regole giuridiche cui potere fare riferimento; ciò in quanto, l'utilizzo di questa realtà virtuale parallela, persi i connotati esclusivi dell'esperienza videoludica, sta suscitando l'interesse di grandi gruppi industriali i quali stanno già traslando alcune prestazioni, che normalmente vengono rese nello spazio fisico, nella dimensione metafisica.

Uno degli ambiti in cui la sperimentazione della realtà virtuale sembra incontrare maggiori riscontri positivi, in termini soprattutto di nuove opportunità di sviluppo, è quello della formazione dei lavoratori. Formazione che deve essere intesa nelle sue varie accezioni: sia come percorso di *upskilling*, sia come comprensione piena dei vantaggi che possono scaturire dal lavoro nel metaverso, nonché come strumento di tutela verso i rischi che possono insorgere per i lavoratori nel mondo virtuale. Pertanto, sembra opportuno, preliminarmente, declinare il concetto di formazione distinguendo tra formazione obbligatoria, formazione per l'occupabilità e formazione professionale/volontaria.

La prima dei tre tipi elencati si riferisce alla formazione prevista dall'art. 37 del T.U. n. 81/2008[6], disposizione che obbliga i datori di lavoro a fornire conoscenze e competenze adeguate ai soggetti che, a vario titolo, intervengono nel sistema della prevenzione e protezione aziendale, *in primis* i lavoratori, per i quali la formazione costituisce contestualmente un diritto e un obbligo. Tale norma deve essere osservata tanto più in un ambiente di lavoro nuovo e complesso come quello virtuale.

I percorsi formativi per l'occupabilità si rivolgono sia ai giovani per ottenere l'acquisizione di abilità e qualifiche spendibili nel mercato del lavoro, sia a quanti rischiano di uscire dal mercato a causa dell'obsolescenza delle proprie competenze e necessitano pertanto di una riqualificazione delle stesse. È evidente che siffatto tipo di formazione è quanto mai necessaria per costruire le professionalità in relazione ai nuovi fabbisogni delle aziende, al fine di migliorare la capacità dei lavoratori di essere impiegati (anche) in contesti esclusivamente digitali.

Infine, la formazione professionale o volontaria è quel tipo di formazione di cui sceglie di dotarsi ciascun individuo al fine di potenziare le proprie competenze, che oggi, anche in vista della transizione digitale che stiamo vivendo, può essere erogata con successo proprio nel metaverso. Il presente contributo intende indagare le tecniche di formazione dei lavoratori messe a punto nella realtà metafisica, la loro efficacia trasposta nell'ambiente reale, nonché la formazione relativa alla piena conoscenza di questo universo parallelo.

---

5 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lavoro Dir. Eur.*, 2023, n. 1, pp. 1 ss.

6 Giova segnalare che l'art. 37 è stato modificato dal d.l. n. 146/2021 (conv. da l. n. 215/2021) e successivamente integrato dalla circ. INL del 16 febbraio 2022, n. 1.

2. Il ruolo chiave della formazione dei lavoratori nel mercato del lavoro che cambia. Rischi e opportunità delle tecniche immersive di apprendimento.

Il mercato del lavoro globale sta vivendo una profonda fase di cambiamento[7], sostenuta dalla "distruzione creatrice"[8] dell'evoluzione delle competenze e dei processi organizzativi, nonché dalle transizioni ecologica e digitale, che richiederanno nuove figure professionali[9].

Tale repentina metamorfosi sta facendo insorgere delle criticità relative all'occupazione e all'occupabilità degli individui, che si manifestano sia durante la fase dell'accesso al mercato del lavoro, sotto forma di *mismatch* di competenze, ovvero di disallineamento tra le competenze offerte dal lavoratore e le competenze richieste dal mercato (fenomeno, questo, destinato appunto ad amplificarsi a causa delle trasformazioni originate dalla quarta rivoluzione industriale[10]), sia in costanza di rapporto, nei confronti di quei soggetti già occupati, che rischiano di essere espulsi dal mercato per la crisi - accelerata dall'emergenza pandemica - o per la loro inadeguatezza a essere rioccupati a causa delle mutate esigenze delle imprese. Al riguardo, è stato osservato che «tali esternalità negative possono essere appunto attribuite tanto alla crescente obsolescenza delle competenze preesistenti, derivante dal forte impatto della digitalizzazione sulla sfera delle mansioni richieste ai lavoratori, quanto al mancato *matching* tra le esigenze produttive aziendali e la formazione professionale inizialmente ricevuta»[11].

Pertanto, per essere pronti alle sfide proposte dal nuovo paradigma produttivo, è necessario ripensare a un sistema formativo che sia in grado di rivolgersi proficuamente, per un verso, ai giovani in cerca di una prima occupazione e, per altro verso, agli occupati, così come a coloro che ambiscono a una riqualificazione professionale. Si tratta di un tema tanto essenziale quanto sfidante, che richiede l'adozione di nuovi strumenti capaci di rispondere in modo mirato alle

---

7 Sul tema sia consentito il rinvio a N. DE ANGELIS, *Il vaccino e la cura. La formazione dei lavoratori come strumento per il mercato*", in *Diritto. merc. lav.*, 2022, n. 3, pp. 611 ss.

8 Cfr. C. VALENTI, *La tutela della professionalità nel mercato del lavoro che cambia*, in *Lavoro e dir.*, 2021, n. 1, pp. 131 ss., per il quale, «numerosi sono i tentativi di stimare quanti posti di lavoro verranno realmente distrutti e/o creati in seguito all'automatizzazione dei processi produttivi nel lungo periodo; a tal riguardo, infatti, se da un lato si evidenzia l'effetto distruttivo dell'evoluzione tecnologica sul lavoro tradizionale, dall'altro, mediante un approccio propositivo, si ravvede, nella capacità della tecnologia di generare nuovi posti di lavoro, un'opportunità per il progresso sociale ed economico della collettività».

9 Su tali aspetti si rinvia a L. CASANO, *Transizione ecologica e riqualificazione dei lavoratori: vincoli del quadro giuridico-istituzionale e prospettive evolutive nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in S. CIUCCIOVINO - D. GAROFALO - A. SARTORI - M. TIRABOSCHI - A. TROJSI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro, Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, Adapt University Press, Bologna, pp. 14 ss.

10 Al riguardo si rinvia a A. CIPRIANI - A. GRAMOLATI - G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018.

11 Ancora C. VALENTI, *La tutela della professionalità nel mercato del lavoro che cambia*, cit., p. 133.

esigenze sia personali dei prestatori di lavoro che aziendali, rendendo la formazione più snella ma allo stesso tempo più efficace.

Una risposta a siffatta esigenza perviene dai sistemi di formazione professionale che si stanno implementando nella realtà virtuale e che sembrano in grado di fornire ai lavoratori una formazione innovativa e di alta qualità. Attraverso un approccio di apprendimento immersivo i lavoratori possono acquisire, infatti, nuove competenze e conoscenze in un ambiente simulato e (solo apparentemente) privo di rischi per la loro salute o sicurezza. Il metaverso permette, infatti, di ricostruire ambienti verosimili, dove far vivere ai discenti esperienze formative capaci di imprimersi nella memoria, e ciò può avvenire già dalla prima formazione tecnico professionale, anche in ambito scolastico[12] o di alternanza scuola-lavoro[13]. I primi tentativi suggeriscono che le tecnologie immersive possono essere estremamente efficaci per insegnare compiti procedurali che richiedono un alto grado di visualizzazione e comprensione.

A ben vedere, alcune aziende già hanno spostato i processi formativi nella dimensione virtuale tridimensionale, in modo da poter ottenere un addestramento esperienziale dei lavoratori[14]. E difatti la simulazione virtuale non solo favorisce nuove modalità di apprendimento attraverso la riproduzione di attività e situazioni pressocché infinite, ma riduce i rischi derivanti da lavorazioni che si svolgono in ambienti connotati da una particolare pericolosità: si pensi ad esempio a tutto l'universo *healthcare*, ma anche a certi settori dell'industria manifatturiera o ai *training* militari. Il contesto simulativo, inoltre, offre la

12 Aziende come Google, in partnership con Labster, ma anche Lenovo, hanno compreso a pieno la potenzialità e stanno lavorando a delle soluzioni per estendere quanto più possibile l'utilizzo di queste tecnologie nella didattica di tutti i giorni. L'azienda californiana con il progetto "*for education*" ha trovato una possibile soluzione in continua evoluzione per portare la *mixed reality* nelle scuole, senza costi eccessivi: le *cardboard*, delle custodie di materiale non fragile come cartone o plastica in cui inserire uno smartphone e utilizzarlo come prototipo di visore. La proposta è avvalorata dal fatto che esistono già delle applicazioni installabili sui devices che accompagnano gli studenti nella didattica interattiva. Nonostante Google stessa abbia ammesso che sia un progetto ancora parecchio acerbo, la prima scintilla è stata accesa e le potenzialità di sviluppo futuro sono molte.

13 Cfr. V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, cit., p. 50.

14 Significativa al riguardo è l'esperienza implementata dal gruppo Enel che, insieme alla Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, ha realizzato un progetto per il *training* nel metaverso degli operatori delle sue centrali, che viene usato sia per addestrare i tecnici all'esecuzione delle operazioni di manutenzione di routine sia per sperimentare senza rischi le operazioni in ambienti confinati o su componenti delicati come valvole o caldaie; o anche la VR Academy realizzata da Olivetti per l'addestramento dei suoi tecnici specializzati in stampanti. È evidente che nei casi citati non ci troviamo in presenza di lavorazioni che si svolgono in ambienti pericolosi, ma l'utilizzo di un visore HTC Vive rende più coinvolgenti le sessioni di formazione. Infine, il gruppo Hilton ha organizzato sul metaverso i corsi di formazione degli addetti all'accoglienza ed alla pulizia, nonostante le relative prestazioni si svolgano poi negli spazi fisici degli hotel e non nella dimensione virtuale.

possibilità di fare cose non possibili nel mondo reale come, ad esempio, esplorare o diventare parte di un sistema di dati, di un prodotto, di un organismo o di una particella permettendo così al soggetto una comprensione più profonda di elementi, processi e procedure.

Si tratta in effetti di una evoluzione delle tecniche di formazione sperimentate durante la pandemia: in quella occasione infatti strumenti come la videoconferenza[15] hanno consentito di valicare le barriere fisiche, facilitando e consentendo i percorsi di apprendimento attraverso i canali digitali. Il metaverso andrà oltre; al riguardo è stato rilevato che grazie alla presenza mediata dell'*avatar* sarà possibile potenziare l'apprendimento esperienziale, coinvolgendo un ampio spettro di interazioni senso-motorie che altrimenti sarebbero inaccessibili nella vita reale[16]. Tutto ciò se per un verso, come è stato osservato in dottrina, "può sprigionare opportunità"[17], per altro verso, può acuire le polarizzazioni che l'economia digitale rischia di creare tra gruppi di lavoratori, tra territori e tra imprese[18]. L'accesso ai percorsi formativi digitali risulterebbe infatti più agevole per i lavoratori più giovani e per quelli già dotati di un certo tipo di corredo di competenze digitali e ciò potrebbe esasperare il divario con i lavoratori anagraficamente più maturi. Inoltre, per quanto sia ormai indubbio che attraverso lo sviluppo di una rappresentazione virtuale di un piano fisico, che permette la simulazione preventiva dei processi produttivi, è possibile operare in modo più efficiente, riducendo costi e tempi e ottimizzando le risorse a disposizione, tuttavia è anche vero che, per come è strutturato (*rectius* arretrato) oggi il sistema di certificazione delle competenze in Italia[19], non sarà facile stabilire il valore delle competenze acquisite nel mondo virtuale[20].

3. Formazione esperienziale e *gamification*

Una delle prerogative essenziali del metaverso è la ludicizzazione del lavoro[21]. Attraverso le pratiche di *gamification,* applicate ai percorsi formativi, il metodo di apprendimento

---

15 Con riguardo all'utilizzo della videoconferenza nel peculiare settore della formazione dei lavoratori *ex* art. 37 T.U. n. 81/2008 sia consentito il rinvio a N. DE ANGELIS – C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e formazione obbligatoria ex art. 37 d.lgs. n. 81/2008: prove tecniche di riorganizzazione"* in *Labor*, 2021, n. 5, p. 519.

16 F. LAMBERTI, *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali,* in *Federalismi,* 2023, n. 4, pp. 205 ss.

17 S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi*, 2022, p. 9.

18 M. BARBERA, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, n. 158, pp. 403 ss.

19 Sul punto si rinvia a: L. CASANO, *Professionalità e certificazione delle competenze: legge, contrattazione collettiva, autoregolazione*, in *Diritti lav. merc.*, 2019, fasc. 3, pp. 549-573.

20 Cfr. ancora F. LAMBERTI., *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali,* cit. p. 208.

21 Al riguardo si veda: V. PETRUZZI, *Il potere della* Gamification*. Usare il gioco per creare cambiamenti nei comportamenti e nelle performance individuali*, Franco Angeli, Milano, 2015.

raggiunge una dimensione che esula dalla sterile trasmissione dei contenuti, arrivando a coinvolgere i lavoratori a livello emotivo in modo diverso e più completo di quanto faccia la formazione in presenza.

Il *gaming* può per esempio introdurre elementi di incentivazione, di formazione o simulazione del mercato con diversi vantaggi, come il potenziamento delle competenze oppure la profondità dei dati raccolti, generati in simulazioni sempre più realistiche.

L'induzione a meccanismi di premialità (tipici dei videogiochi) sembra stimolare non solo un più rapido apprendimento, migliorando le *performance*, ma diventa anche una spinta motivazionale, oltre a migliorare la collaborazione tra colleghi.

Con specifico riferimento alla formazione, la *gamification* fornisce una struttura in cui i lavoratori sono motivati a raggiungere degli obiettivi formativi, al perseguimento dei quali viene riconnessa una gratificazione. Il processo avviene attraverso l'utilizzo di *serious game* che sono giochi progettati ai fini educativi (quindi non solo per l'intrattenimento), che si basano sull'apprendimento esperienziale. Pertanto, attraverso essi si favorisce la memorizzazione e la conservazione delle informazioni e si facilitano le modificazioni comportamentali che sono alla base di una proficua formazione.

Uno degli ambiti in cui la *gamification* trova un maggiore riscontro è quello delle politiche attive di *recruiting* e di sostegno all'occupazione, ove la tecnica del videogioco consente di facilitare la ricerca di un impiego e ancora di più di appurare le propensioni di un individuo a quella particolare mansione che gli viene assegnata, prima nel mondo virtuale e poi in quello reale.

Al riguardo, è stato giustamente osservato che formazione per l'occupazione non vuol dire semplicemente indirizzare la persona verso i bisogni del mercato del lavoro, a prescindere dalle sue attitudini; al contrario, vuol dire valorizzare le propensioni e le capacità della persona affinché sia e resti occupabile[22]. E ciò dovrebbe avvenire già nella fase dell'istruzione scolastica; tuttavia, fino ad oggi, il mondo della scuola e quello del lavoro hanno cooperato poco nell'accrescimento della professionalità dei lavoratori[23].Questa scarsa cooperazione si è tradotta di fatto nel fallimento del sistema di alternanza scuola-lavoro e del contratto di apprendistato (soprattutto di primo tipo)[24]. Contratto che avrebbe invece dovuto rappresentare uno strumento privilegiato di accesso dei giovani al mondo del lavoro.

Il superamento di questo atavico disallineamento tra il sistema scolastico e il mercato del lavoro può avvenire proprio grazie alle politiche di *gaming*. Attraverso di esse infatti gli

22 M.A. IMPICCIATORE, *La formazione per l'occupazione nel mercato del lavoro che cambia, Diritti lav. merc.*, n. 3, 2020, p. 603.

23 A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, Bari, 2012.

24 Al riguardo si veda, *Giovani e lavoro: manca la "garanzia" Il caso di "Garanzia Giovani" e il fallimento delle politiche attive del lavoro,* in *Italia, Working paper ADAPT,* 2 maggio 2014, n. 155.

studenti possono apprendere innanzitutto la trasformazione del mercato del lavoro tuttora in atto e, poi, cimentarsi nella valutazione dei propri talenti rispetto alle professioni del futuro. Il che gli consentirebbe di ottenere molto presto un orientamento professionale che riesca a dirigerli verso scuole, università o ITS. Al riguardo giova segnalare un'interessante iniziativa promossa grazie all'esperienza dell'Associazione di Parole O Stili[25], la quale ha favorito la nascita della piattaforma MIAssumo. Si tratta di una piattaforma digitale e gratuita di *gaming*, che accompagna gli studenti dalla scuola media fino all'Università attraverso meccanismi di *gamification* e giochi di ruolo, aiutandoli a riconoscere le proprie competenze e riassumerle in un *curriculum*. In questo modo i giovani si riescono ad avvicinare con più facilità alle nuove professioni del futuro, ma soprattutto riescono a tracciare in anteprima un profilo delle loro competenze.

La *gamification* e la formazione esperienziale possono essere adottate con successo anche in quegli ambiti in cui il raggiungimento degli obiettivi formativi appare fondamentale. Ci si riferisce in particolare alla formazione obbligatoria dei lavoratori in materia di salute e sicurezza. Con riferimento alla connessione tra la *gamification* e i due profili sopra trattati (politiche di *recruiting* e formazione dei giovani e sicurezza nei luoghi di lavoro), di recente il CNEL, nell'audizione del 23 marzo 2023 alla Commissione Cultura della Camera dei Deputati - nell'ambito dell'esame delle proposte di legge recanti l'introduzione dell'insegnamento del diritto del lavoro e della cultura della sicurezza nei luoghi di lavoro nelle scuole secondarie - ha rilevato che la formazione relativa al diritto del lavoro e alla sicurezza dei luoghi di lavoro deve essere in linea con le nuove dinamiche di apprendimento (realtà virtuale, caschetti intelligenti, *gamification*, etc.) con le nuove tendenze del mondo del lavoro. In particolare si deve tenere conto del cambiamento tecnologico dei luoghi di lavoro, rispetto al quale esiste già una nozione di fatto di unità produttiva digitale[26], che ha recepito le grandi trasformazioni robotiche e dell'intelligenza artificiale.

4. Formarsi ai (nuovi) rischi presenti nel metaverso

25 Si tratta di un'Associazione che dal 2017 con il suo Manifesto della comunicazione non ostile combatte le parole di odio in rete e promuove una cittadinanza digitale responsabile, riflettendo sugli aspetti etici della vita sociale e civile.

26 La nozione di unità produttiva è stata elaborata dalla giurisprudenza costituzionale secondo metodi e criteri adatti ai tempi in cui è stato scritto lo Statuto dei lavoratori, che difficilmente sono applicabili, oggi, a un'impresa a tecnologia avanzata 4.0. La giurisprudenza costituzionale utilizza il criterio di autonomia, inteso, da una parte, in senso economico-strutturale e, dall'altra, in senso finalistico, osservando il risultato produttivo: è unità produttiva la filiale o lo stabilimento di un'impresa che possieda una struttura organizzativa autonoma e abbia la capacità di produrre beni/rendere servizi secondo una certa indipendenza tecnica, almeno rivolta a una parte/frazione del ciclo produttivo. Sull'argomento si rinvia a M. FAIOLI, *Unità produttiva digitale. Perché riformare lo Statuto dei lavoratori,* in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 3.

Il metaverso, per quanto detto fino ad ora, potrebbe rivoluzionare la formazione e lo sviluppo delle competenze, comprimendo drasticamente il tempo necessario per sviluppare e acquisirne di nuove, rendendo l'apprendimento interessante, veloce e completamente interattivo. Peraltro, sta già portando alla nascita di nuove figure professionali e ruoli all'interno delle realtà aziendali, come creatori per la realizzazione di prodotti virtuali per il metaverso, ma anche sviluppatori e programmatori per i modelli 3D di base, nonché venditori e agenti immobiliari per la vendita di prodotti e appezzamenti di terreno virtuale. Si tratta in pratica di quelle professioni che sovraintendono il funzionamento del mondo virtuale e che con la loro opera rendono possibile la creazione degli oggetti digitali.

Per approcciarsi a questo universo parallelo la formazione deve fondarsi su due direttrici: una formazione di tipo tecnico, che consenta agli individui di perfezionare le proprie *skills* per potere accedere alle professioni virtuali[27] , e una formazione idonea a proteggere i lavoratori dai rischi presenti all'interno del mondo virtuale.

L'accesso alla realtà virtuale immersiva, ma più in generale a qualunque tecnologia che attui l'illusione dell'incorporazione, ha infatti lo svantaggio di distruggere le nostre relazioni con il mondo naturale. Ciò crea non solo nuovi rischi, ma anche nuove dimensioni etiche e legali.

Il metaverso espone dunque i lavoratori ai rischi legati alla permanenza immersiva in un *habitat* digitale prodotto dall'elaborazione algoritmica dell'intelligenza artificiale[28].

27Attualmente in Italia ci sono diverse istituzioni, università e scuole che offrono corsi di formazione e/o di specializzazione sul Metaverso: il Politecnico di Milano offre un corso di Laurea magistrale in Game Design e, all'interno del dipartimento di Design, un corso di Alta formazione in Design del Virtual Reality e degli Ambienti Immersivi. L'Università degli Studi di Milano, all'interno del dipartimento di Scienze per la Comunicazione, offre un corso di Laurea magistrale in Comunicazione, Innovazione e Multimedialità con una specializzazione in Game Studies e nell'utilizzo delle nuove tecnologie per la comunicazione e l'interazione. Lo IED Milano offre un corso di Alta formazione in Virtual & Augmented Reality con l'obiettivo di fornire conoscenze e competenze necessarie per progettare e sviluppare esperienze immersive. L'Accademia di Belle Arti di Napoli offre un corso di Alta formazione in Videogames e Realtà Virtuale con l'obiettivo di fornire strumenti teorici e pratici per la creazione di videogiochi, applicazioni e soluzioni interattive per la realtà virtuale e aumentata. L'Università di Bologna, all'interno del dipartimento di Scienze dell'educazione e dei processi culturali e formativi, offre un corso di Laurea magistrale in Tecnologie per la didattica e la comunicazione che include un insegnamento di Virtual e Augmented Reality. Ci sono anche diversi corsi online offerti da piattaforme di formazione come Coursera, Udemy e LinkedIn Learning, che possono essere utili per acquisire conoscenze specifiche sul Metaverso. Meta sta aiutando 10 Università americane ad aprire dei veri e propri Campus Metaverse, parte di un investimento complessivo di 150 milioni di dollari in progetti di apprendimento immersivo, per aumentare l'accesso degli studenti a queste tecnologie, collaborando con organizzazioni e università.

28 Ancora V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, cit., p. 52.

I potenziali pericoli per coloro che svolgono la prestazione lavorativa nel metaverso non sono solo legati all'utilizzo degli strumenti informatici e dei *devices* - pericoli peraltro tipici delle lavorazioni da remoto - ma in particolare a quei rischi che discendono dalle peculiari e continue sollecitazioni che la realtà virtuale produce sulla psiche umana.

Al riguardo va rimarcata l'esigenza di prevedere una formazione dei lavoratori al metaverso. Ciò in quanto i lavoratori devono essere preparati a svolgere la prestazione in una dimensione diversa da quella reale, attraverso l'utilizzo di strumenti rispetto ai quali ancora non si è raggiunta una piena dimestichezza.

È compito del datore prevedere un'apposita formazione e stabilire le modalità di erogazione della stessa, secondo quanto disposto dal t.u. n. 81/2008 all'art. 37[29]. E, sembra potersi affermare che spetta al datore di lavoro, che propone lo svolgimento della prestazione lavorativa nel metaverso, la valutazione dei rischi presenti in tale ambiente. Ovviamente anche là dove venisse attestata la salubrità e sicurezza dei dispositivi che consentono l'accesso al mondo virtuale, o della stessa esperienza di immersione in ambiente digitale (attraverso standard di impiego e limitazioni d'uso), resterebbe comunque in capo al datore la responsabilità di prevenire i rischi derivanti dalla dimensione relazionale del metaverso quale luogo di lavoro. Una certa attenzione dovrebbe essere prestata con riguardo alla prevenzione dello stress lavoro-correlato, oltre che alle altre patologie, la cui insorgenza è strettamente connessa alla condizione immersiva, innaturale, che possono generarsi sotto il profilo psico-fisico e relazionale. Inoltre il datore sarebbe tenuto a vigilare sull'effettivo esercizio del diritto alla disconnessione[30] e a fornire un'apposita formazione sull'utilizzo della tecnologia virtuale, alla stregua di quanto avviene in materia di lavoro agile.

A ben vedere, il t.u. n. 81/2008 non era stato insensibile all'esigenza di tenere in considerazione il legame tra evoluzione tecnologica e lavoro sicuro[31], preannunciando che la valutazione dei rischi dovesse riguardare anche l'esposizione a pericoli non visibili, derivanti

29 A ben vedere le modifiche apportate all'art. 37 del T.U. n. 81/2008 dal d.l. n. 146/2021 prevedono che anche il datore di lavoro (alla stessa stregua dei dirigenti e dei preposti) debba ricevere un'adeguata e specifica formazione e un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Le modalità della formazione obbligatoria a carico del datore di lavoro così come le modalità della verifica finale di apprendimento obbligatoria per i discenti di tutti i percorsi formativi e di aggiornamento obbligatori in materia di salute e sicurezza sul lavoro e le modalità delle verifiche di efficacia della formazione durante lo svolgimento della prestazione lavorativa sono ad appannaggio degli Accordi Stato Regioni, che la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano è chiamata ad accorpare.

30 Con riguardo al tema del diritto alla disconnessione si rinvia a A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *Ambientediritto*, n. 3, 2023, p. 1; v. anche A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Dell'obbligo di disconnessione nel lavoro agile: effetti, responsabilità e tutele*, *Mass. giur. lav.*, 2023, n. 2, pp. 344 ss.

31 Cfr. art. 29, comma 3 , e art. 30, comma 4.

da modelli di organizzazione del lavoro diversi da quelli tradizionali, da fattori sociali o dall'uso di nuove tecnologie per le quali non è stata ancora varata alcuna norma tecnica di riferimento.

Per prevenire però bisogna conoscere. Per questa ragione da più parti si invoca l'urgenza di fornire ai lavoratori un'adeguata formazione sul corretto utilizzo della tecnologia virtuale[32]. Emerge dunque l'esigenza di formare figure specializzate sia nello sviluppo di progetti di nuova concezione che nella costruzione e nel presidio dei sistemi di sicurezza. Dovranno essere censiti, mappati e valutati i rischi ipotetici ai quali un lavoratore nel metaverso è esposto[33] e dovranno essere adattati in chiave estensiva i presidi a tutela della sicurezza del lavoratore, che sui detti rischi dovrà essere adeguatamente informato e formato[34].

Per ora, almeno sul fronte della materia della salute e sicurezza, potrebbero essere di ausilio le regole dettate in materia di lavoro agile. Tuttavia, con riguardo al lavoro da remoto, l'apparato normativo volto alla prevenzione dei rischi non pare essere esaustivo tanto che la dottrina più avvertita ha ritenuto che l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro agile non si possa esaurire nella mera consegna al lavoratore dell'informativa sui rischi di cui all'art. 22 della legge n. 81/2017, ma che la stessa possa concretamente essere adempiuta attraverso l'adattamento di taluni precetti contenuti nel t.u. n. 81/2008[35]. Ci si riferisce a quelle disposizioni più generiche che impongono al datore di lavoro la verifica periodica dello stato di salute dei lavoratori, nonché la formazione degli stessi[36].

È pur vero che l'assimilazione al *corpus* normativo vigente in materia di *smart working* è plausibile solo per quelle prestazioni rivolte a progettare il metaverso[37] o, tutt'al più, per quelle

---

32 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, cit., p. 5.

33 Oltre infatti ai rischi già noti a cui sono esposti i lavoratori ai videoterminali quali i disturbi oculo visivi, i disturbi posturali e i disturbi di natura psicologica, occorrerà poi anche approntare misure di tutela in relazione agli avvenimenti potenzialmente dannosi per la personalità morale del prestatore di lavoro, peraltro già verificatisi sottoforma di molestie tra *avatar*, e forieri di tutele risarcitorie di tipo non patrimoniale. In merito a questi ultimi giova segnalare

34 M. PERUZZI, *Almeno tu nel metaverso. Il diritto del lavoro e la sfida dei nuovi spazi digitali*, *Labour & Law Issues*, 2022, fasc. 8, n. 2, p. 64 ss.

35 Cfr., P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro… e sulle norme sulla sicurezza di rider & co*, in *Diritto sic. lav.*, 2019, n. 1, p. 44; L.M. PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile,* in *Diritto rel. ind.*, 2017, n. 4, pp. 1041 e ss., secondo il quale l'obbligo di consegna dell'informativa periodica non può esser considerato esaustivo e pertanto liberatorio rispetto al più generale obbligo di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori incombente sul datore, che gli imporrebbe l'adozione di tutte le misure prevenzionistiche imposte appunto dalla normativa vigente in materia.

36 Di questo avviso è A. ROTA, *Sicurezza*, in M. NOVELLA - P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 83.

37 Sul punto cfr. ancora F. LAMBERTI., *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali,* cit., p. 216.

che si svolgono solo parzialmente nel mondo virtuale. Al riguardo, è stato osservato che alla luce del passaggio da uno spazio bidimensionale ad uno tridimensionale, le regole sull'utilizzo dei videoterminali, elaborate per garantire la salute e la sicurezza dei telelavoratori, dovrebbero essere rimeditate ed aggiornate[38], anche in considerazione dell'evoluzione della scienza medica, sia per chi opera all'interno di una realtà interamente virtuale (*Virtual Reality*), sia per chi presta la propria attività in una realtà fisica potenziata (*Augmented Reality*), che consente alla persona, la quale pure si muove nel mondo "reale", di ottenere, mediante un'apparecchiatura visiva, informazioni aggiuntive sull'ambiente circostante[39].

Bisognerà pertanto lavorare a una normativa che disciplini compiutamente la prestazione lavorativa che si svolge completamente nello spazio virtuale. Ciò vale ovviamente anche per la formazione obbligatoria (e certamente necessaria) dei meta-lavoratori.

38 Una parte della dottrina infatti ritiene solo in parte equiparabili alla tutela prevista dal T.U. n. 81/2008 per il lavoratore videoterminalista, i problemi legati alla sicurezza dei lavoratori di questa esperienza immersiva. In questo senso cfr. ancora M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 59.

39 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso,* cit., p. 11.

LA RELAZIONE TRA L'AMBIENTE INTERNO E L'AMBIENTE ESTERNO: LA CONCILIAZIONE VITA-LAVORO DIGITALE NELL'ORGANIZZAZIONE FLUIDA E L'ORARIO DI LAVORO RIDOTTO.

Dario Calderara*

Abstract [It]: Il saggio affronta la tematica della tutela relativa alla conciliazione vita-lavoro del prestatore di lavoro nell'ambiente di lavoro digitalizzato soprattutto dal punto di vista dell'organizzazione. È essenziale garantire il benessere psicofisico, sociale e relazionale per i prestatori di lavoro sia nell'ambiente interno, sia nell'ambiente esterno ai locali in cui viene eseguita la prestazione lavorativa. Nel saggio vengono esaminate diverse soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva atte a garantire il corretto equilibrio tra la vita lavorativa e la sfera privata, tra cui da ultimo anche l'esperimento dell'orario di lavoro ridotto. Infine, si prospetta l'attenzione sul nuovo concetto di orario di lavoro in via di diffusione nel diritto vivente svincolato dai canoni tradizionali, che in alcuni casi può rendere il concetto classico di orario di lavoro inadeguato.

Abstract [En]: *The essay addresses the issue of protection concerning the work-life balance of the employee in the digitalised working environment especially from the point of view of organisation. It is essential to guarantee psychophysical, social and relational well-being for employees both in the internal environment and in the environment outside the premises where work is performed. The essay examines different solutions offered by collective bargaining to ensure a proper work-life balance, most recently including the experiment of reduced working hours. Lastly, attention is drawn to the new concept of working time that is spreading in living law and it is free from traditional canons, which in some cases may render the traditional concept of working time inadequate.*

SOMMARIO: **1**. L'organizzazione del lavoro flessibile. – **1.1.** L'iperconnessione: il lavoratore *always conneted*. – **1.2.** Il *work-life balance* secondo la politica Europea. – **2.** Le soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva atte a garantire il *work life-balance*. – **2.1.** Le modalità di esecuzione flessibili della prestazione alternative alla disciplina legale. – **2.2.** La fluidità organizzativa sottoforma di flessibilità oraria e spaziale. – **3.** La disgregazione dell'unità tempo lavoro e il nuovo concetto di orario. – **4.** Conclusioni.

1. L'organizzazione del lavoro flessibile.

L'organizzazione della gestione relativa all'attività aziendale oggi riesce a influenzare sia la figura del prestatore di lavoro, come definita dal codice civile *ex* art. 2094 c.c., sia quella del

cittadino[1]. La cd. flessibilità organizzativa è in grado, quindi, di produrre effetti sull'individuo sia quando riveste il ruolo del lavoratore, sia quando è solo un cittadino. La tematica su cui verterà l'esame del presente contributo è focalizzata a esaminare un corretto utilizzo dell'orario lavorativo, nel rapporto tra ambiente lavorativo interno ed esterno, tale da consentire al lavoratore, una volta terminata la prestazione lavorativa, di poter godere correttamente del proprio tempo libero. Appare utile precisare che il contributo non si prefigge di analizzare la relazione tra ambiente di lavoro interno ed esterno, quale rapporto tra la tutela della sicurezza sul lavoro e la tutela ambientale *tout court*[2], bensì di indagarla in un'accezione diversa: come rapporto tra ambiente di lavoro, cd. interno, e ambiente di vita personale del lavoratore, cd. esterno, in termini di conciliazione tra i due profili.

La dottrina nell'ultimo lustro ha manifestato grande attenzione alla tematica della conciliazione vita lavoro, con diversi spunti di novità interpretativa atteso che, in precedenza, la riflessione era incentrata sulla flessibilità organizzativa dell'attività lavorativa prevalentemente con la finalità di permettere una fruizione migliore dell'istituto del congedo, di cui il lavoratore è titolare.

Il *work life-bilance* digitale, letteralmente il cosiddetto equilibrio tra la vita privata e il lavoro, oggi, invece, può essere affrontato sotto una prospettiva differente considerando le modalità di esecuzione della prestazione a distanza e la flessibilità organizzativa aziendale e non[3] per permettere un equilibrata relazione tra l'ambiente interno di lavoro e quello esterno.

In particolar modo il riferimento va alla ormai diffusa possibilità di svolgere l'attività lavorativa a distanza[4], in parte o "*fully remote*".

---

1 * *Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università Sapienza di Roma.*

G. SANTORO-PASSARELLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro ovvero il diritto dei lavori*, in *Realtà e Forma*, tomo I, 2006, Giappichelli, Torino, pp. 305-306. L'Autore già nel 2002 poneva in evidenza i «mutamenti che ha subito il lavoro nell'impresa e fuori dell'impresa» e «il passaggio da una realtà socioeconomica, in cui il rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato costituiva la forma di occupazione di gran lunga prevalente, a una diversa realtà in cui questa fattispecie non è più monolitica ed egemone». «[…] il giurista del lavoro deve prendere atto che la realtà industriale in cui è nato il lavoro subordinato è profondamente mutata, e si tratta di un processo di trasformazione non ancora assestato».

2 Cfr. in questo senso A. LASSANDARI, *Il lavoro nella crisi ambientale*, in *Lav. Dir.*, 2022, n. 1, p. 12; C. LAZZARI–P. PASCUCCI, *La gestione della circolarità dei rischi tra ambiente interno ed esterno all'azienda. Profili giuridici*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2023, n. 1, p. 35 ss.; G. NATULLO, *La gestione della pandemia nei luoghi di lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2022, n. 1, pp. 77 ss; S. BUOSO, *Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi*, in *Lav. Dir.*, 2022, n. 2, pp. 271 ss.; P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, ADAPT University Press, Modena, 2018, in part. p. 155 ss.

3 L. CALAFÀ, *La conciliazione vita e lavoro in ambiente digitale*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2022, pp. 194-195.

4 La diffusione del fenomeno esponenziale ha indotto anche un'analisi della propensione al lavoro a distanza dei dipendenti della Banca d'Italia. In particolare, M. MARIANI-L. RISTUCCIA-P. MONTANARO, *La propensione al lavoro da remoto in Banca d'Italia: determinanti e analisi dei comportamenti*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 2023, n. 753, p. 1 ss. Consultabile al link https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2023-0753/QEF_753_23.pdf.

Questo fenomeno, con le implicazioni *de quo*, viene principalmente ricondotto all'istituto del lavoro agile e/o al lavoro da remoto e incide sicuramente, in maniera più o meno significativa, sui poteri del datore di lavoro e sull'incidenza e attuabilità degli stessi nei confronti dei prestatori[5]. Il campo di indagine del presente contributo non consente un esame approfondito della tematica poc'anzi menzionata nonostante la questione sia di attuale interesse nelle dinamiche proprie del rapporto di lavoro[6].

Come noto il processo di digitalizzazione del mondo del lavoro è stato accelerato, soprattutto in ragione del diffondersi dell'epidemia mondiale[7], con esso sono aumentati, proporzionalmente e di pari passo, i rischi connessi ad un eccessivo utilizzo delle strumentazioni tecnologiche[8].

Su ambedue i fronti, datoriale e del prestatore di lavoro, possono essere rinvenuti da tale *trend* una serie di vantaggi, quali l'abbattimento dei costi fissi per l'impresa e un contestuale risparmio oltre che delle risorse per raggiungere la sede di lavoro anche, e soprattutto, in termini di tempo e energie fisiche[9]. In particolar modo per i prestatori di lavoro è possibile riscontrare una maggiore flessibilità nell'organizzazione dei propri tempi di lavoro con un riflesso positivo nella vita privata, che si traduce in un differente equilibrio per il tempo dedicato alla propria vita privata e familiare, ciò che possiamo considerare come "ambiente esterno".

La corretta suddivisione tra tempo di lavoro e vita privata permette di difendere il lavoratore da un indiscriminato utilizzo della prestazione che può anche nuocere al diritto costituzionalmente rilevante qual è quello della salute[10] e di evitare o cercare di scongiurare il fenomeno del *time porosity*[11], il quale indica forme di interferenza tra il tempo della persona e il tempo lavorativo[12].

---

5 M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi nell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro della regolamentazione europea: dal diritto alla "disconnessione", al lavoro per obiettivi*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 1, 2022, p. 31.

6 M. PERSIANI, *Prologo*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 1.

7 M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, n. 3, p. 659.

8 Cfr. C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, n. 4, pp. 856-857; V. PASQUARELLA, *(Iper)digitalizzazione del lavoro e tecnostress lavoro-correlato: la necessità di un approccio multi-disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, n. 1, p. 64.

9 Già dall'inizio della diffusione degli strumenti a distanza P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2017, n. 4, p. 525.

10 A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 21-23.

11 E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, n. 3, p. 280.

12 I. MOSCARITOLO, *"Time Porosity": una chiave di lettura per la nuova realtà del tempo di lavoro*, in *BollettinoAdapt*, 13 febbraio 2017, p. 1, secondo l'A. «La porosità, nel suo significato testuale non è altro che la caratteristica di un corpo o di un materiale che presenta piccoli spazi vuoti nella sua massa. Applicato al tempo di lavoro, il concetto di porosità indica quella frazione di tempo di lavoro che è poroso per lo svolgimento di attività personali e viceversa».

La possibilità, anche solo eventuale, di esporre il lavoratore a interferenze tra le due aree temporali aumenta il rischio potenziale di irritabilità, malumore, stanchezza mentale, *stress* legato al lavoro o, in alcune situazioni, può comportare anche la sindrome del *burn-out*[13]. La combinazione tra ambiente professionale – interno – e vita personale – esterno – può, inoltre, favorire l'alienazione dal lavoro, dovuta all'assenza di interazione con i colleghi di lavoro e con il datore, che in alcuni casi potrebbe contribuire alla comparsa di patologie inedite come il *workaholism*[14] e il *tecnostress*[15].

La tendenza ormai diffusa, attraverso le modalità di esecuzione della prestazione a distanza, dell'assenza di una postazione fissa, accidentalmente, può generare in capo ai lavoratori la fatica a percepire un senso di appartenenza ad un gruppo in virtù dell'assenza del tradizionale fattore di aggregazione, qual è lo spazio fisico di lavoro. Questo avviene sicuramente attraverso il *crowdwork*, in cui l'attività lavorativa viene eseguita in uno spazio virtuale[16].

1.1. L'iperconnessione: il lavoratore *always conneted*.

Il condizionamento indotto dalla digitalizzazione del mondo del lavoro, che ha tracciato un sentiero, da cui ora difficilmente è possibile scostarsi, impone l'utilizzo di strumenti digitali per eseguire la prestazione lavorativa[17]. Il datore di lavoro, per il mezzo degli strumenti digitali, ha la facoltà di poter continuamente rendere il lavoratore destinatario di richieste lavorative anche in momenti temporali che oltrepassano i confini del normale orario di lavoro[18]. Attraverso questa pratica il datore di lavoro designa nei confronti del prestatore compiti aggiuntivi oltre il normale orario prestabilito e lo stesso lavoratore, nel caso in cui si

---

13 M. D'APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 14-15 ss.; C. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 855.

14 A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Malati di lavoro. Cos'è e come si manifesta il workaholism*, Cooper, Roma, 2010.

15 N. De ANGELIS, *Lo smart working e la declinazione delle regole in materia di salute e sicurezza: tra prevenzione e precauzione*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, n. 2, p. 252 in cui l'A. descrive il significato lettera di workaholic, che significa essere "ubriachi di lavoro". La condizione è caratterizzata dall'impossibilità di disconnettersi, dalla necessità irrefrenabile di continuare a stare davanti allo schermo o comunque a svolgere il compito. Il termine è stato coniato da W.E. Oates, *Confessions of a Workaholics: the Facts about work addiction*, World Publishing Co., New York, 1971. Invece, il tecnostress è una sindrome da stress causata dall'utilizzo delle ICT che si verifica in presenza di un uso eccessivo, smodato e disfunzionale di tali tecnologie che ha impatti significativi sia sulla vita sociale dell'individuo che su quella lavorativa. Il lavoratore si sente vittima di aspettative sempre più crescenti riguardo la propria disponibilità, la velocità nello svolgere la prestazione, il (sovrac)carico di lavoro e le proprie competenze tecniche.

16 L. RATTI, *Crowdwork and work on-demand in the European legal framework: Promises and expectations,* in M.T. CARINCI-F. DORSSEMONT (a cura di), *Platform work in Europe: Towards harmonisation?*, Intersentia, Oxford, 2021, pp. 173 ss.

17 Come, ad esempio, il computer portatile, ovvero quelle strumentazioni di uso ormai particolarmente comune come *smartphone*, *smart-watches*, ovvero le applicazioni di *contact tracing*.

18 A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Riv. it. lav.*, 2018, n. 4, pp. 625 ss.

verificasse tale situazione, potrebbe sfuggire con difficoltà ai continui solleciti del datore stante la costante reperibilità consentita dalla tecnologia[19].

Una volta raggiunto dalle richieste datoriali il prestatore di lavoro, inoltre, in virtù del cd. *metus prestatoris*, dovuto alla posizione di subordinazione in cui si trova[20], può sentirsi in una posizione di difficoltà rispetto alla possibilità di sottrarsi dalle richieste.
Proprio in qualità di parte debole del rapporto contrattuale, in alcune situazioni il prestatore di lavoro potrebbe avvertire la necessità di rispondere alle sollecitazioni, poiché in caso di un suo eventuale rifiuto, avrebbe il *metus* di trovarsi di fronte a possibili ritorsioni.

Nel caso in cui si verifichino tali condizioni il lavoratore sarebbe sottoposto ad una condizione di grande *pressing* e *forcing* psicologico, poiché perennemente in una situazione di allerta rispetto alla eventualità di essere contattato, che a lungo andare sicuramente comprometterebbe la sua salute psicofisica incidendo in maniera negativa anche sulla qualità della vita privata.

In forza di questa condizione potenziale, confermata nella pratica attraverso la posizione di supremazia gerarchica attribuita al datore di lavoro da parte del codice civile, il prestatore di lavoro è destinatario, lato suo, di misure di tutela da parte dell'ordinamento che muovono proprio dalla necessità che l'esercizio dei poteri datoriali non leda la dignità della persona umana[21].

Nell'ipotesi in cui un lavoratore agile risulti essere destinatario di sollecitazioni datoriali al di fuori dell'orario di lavoro però può legittimamente rifiutarsi di adempiere e non potrà essere destinatario di alcuna ripercussione, né tantomeno sotto il profilo disciplinare, né tantomeno dal punto di vista del trattamento retributivo[22].

Per questo motivo con il lavoro a distanza è essenziale contemperare in maniera corretta i due ambiti temporali per ottenere una equilibrata conciliazione tra la vita lavorativa e sfera privata, evitando che il lavoratore possa risultare destinatario di continue richieste datoriali anche oltre l'orario di lavoro contrattualmente pattuito. Questo obiettivo può essere raggiunto attraverso la predisposizione di alcune regole tra il datore di lavoro e il prestatore, finalizzate a definire chiaramente sia l'organizzazione lavorativa, sia il rapporto di lavoro, ad esempio,

---

19 Le applicazioni di messaggistica istantanea e non ultimi anche i social network, trovandosi giocoforza nella condizione di ricevere mail, telefonate o notifiche a contenuto lavorativo in qualunque ora del giorno e della notte, e tanto sia nelle giornate lavorative che festive

20 M.R. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, n. 3, pp. 615 ss.

21 G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoro e civiltà digitale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, n. 1, p. 60. Secondo l'A. i «diritti che attengono alla persona del lavoratore […] non sono comprimibili dalla legge del mercato o, se si preferisce, dalla logica del bilanciamento». In questo senso anche A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del* remote working, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 171 e D. MEZZACAPO, *Sul bilanciamento dei valori costituzionali ed altre considerazioni sparse*, in *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, Atti del XX Congresso nazionale AIDLaSS di Taranto 28-30 ottobre 2021, La Tribuna, Piacenza, 2022, 497-498.

22 Cfr. M. SCOFFERI-F. BRANDI, *Lavoratori agili, il legislatore rafforza il diritto alla disconnessione*, in *Guida lav.*, 2021, n. 25, p. 47 ss.

definendo, grazie alla riemersione dell'autonomia individuale[23], le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore[24].

La contrattazione collettiva si dovrebbe far carico di essere portatrice di promuovere un dialogo tra le parti, finalizzato a individuare le migliori soluzioni per permettere una tutela del lavoratore da eventuali intromissioni da parte del datore di lavoro nella sfera della vita privata e del tempo libero del dipendente.

La contrattazione collettiva potrebbe anche caricarsi delle differenti esigenze riguardanti molteplici settori, mediante la sua finalità integrativa della disciplina legislativa, con la previsione di regole specifiche *ad hoc* per l'esecuzione della prestazione lavorativa[25].

È bene però chiarire che la digitalizzazione fornisce sì nuove tecnologie da utilizzare per rendere la prestazione lavorativa, ma, nella sua vena più originale, induce una trasformazione del lavoro umano, in particolare delle modalità che caratterizzano la relazione tra uomo e lavoro[26].

1.2. Il *work-life balance* secondo la politica Europea.

L'Unione Europea si interessata delle dinamiche riguardanti il *work-life balance* da diverso tempo. Non possono essere tralasciate nell'esame globale le misure adottate a livello europeo riguardanti la salvaguardia della conciliazione tra la vita familiare e la vita professionali a partire dall'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in cui viene prevista la tutela di ogni individuo contro il licenziamento legato a motivi di maternità[27]. L'articolo prevede anche per tutti il diritto a godere di un congedo di maternità retribuito e di un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio.

Interessante è la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale[28].

La Risoluzione evidenzia come sia essenziale approntare delle condizioni generali nuove per favorire la conciliazione con un approccio sistematico relativo all'organizzazione corretta

---

23 Sia consentito rinviare a D. CALDERARA, *Gli spazi di emersione dell'autonomia individuale nella disciplina legale*, in *corso di pubblicazione*, in *Riv. ita. Dir. lav.*, 2023, n. 2.

24 A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *AmbienteDiritto.it – Sezione Ambiente Lavoro Impresa*, 2023, n. 3, p. 1 ss.; A. PRETEROTI-S. CAIROLI, *Dell'obbligo di disconnessione nel lavoro agile: effetti, responsabilità e tutele,* in *Mass. Giur. Lav.*, 2023, n. 2, p. 344 ss.; M. BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 420 ss.; E. DAGNINO, *Diritto alla disconnessione: Legge n. 81/2017 ed esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 4, p. 1036 ss.; sia consentito rinviare anche a D. CALDERARA, *La dis-connessione: evoluzioni e prospettive*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2022, n. 2, p. 261 ss.

25 V. R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Lab. law iss*, 2019, n. 5(2), p. 214 ss.

26 A. MARESCA, *op. cit.*, p. 170.

27 Cfr. L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 53 ss.; D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016; A. NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della* vita, in *Lav. Dir.*, 2009, p. 243 ss.

28 2016/2017(INI).

e fluida dell'orario di lavoro sul luogo di lavoro[29]. La precarietà del lavoro e le difficili condizioni lavorative potrebbero avere anche conseguenze negative sulla pianificazione familiare in senso stretto e, per questo motivo, risulta essere ancora più importante garantire le politiche di equilibrio tra vita professionale e vita privata sottoforma di tutela per i genitori, assicurando loro la possibilità di adempiere alle proprie responsabilità verso i figli, attraverso anche il tempo e il supporto necessari sia alla madre che al padre[30]. Tra i principi generali della risoluzione viene sottolineato come, per affrontare le questioni *de quo*, sia necessario sostenere un cambiamento culturale a livello della società, soprattutto riguardo agli stereotipi di genere, affinché il lavoro e le attività di cura della famiglia siano ripartite in modo più equo tra gli uomini e le donne[31]. Già la Risoluzione introduce un concetto oggi di grandissima attualità grazie alla direttiva (UE) 2023/970[32], secondo cui è necessario eliminare le disuguaglianze di genere nel lavoro retribuito e di promuovere l'equa condivisione tra donne e uomini delle responsabilità, dei costi e della cura dei figli e delle persone a carico, anche all'interno della società nel suo complesso[33].

Diversi sono stati poi nel corso del tempo i tentativi di realizzare una direttiva specifica in tema di salvaguardia della conciliazione tra vita privata e vita professionale e per questo motivo la Commissione Europea ha presentato al Consiglio alcune proposte di direttiva sul tema in oggetto per i genitori e i prestatori di assistenza[34], fintantoché è stata adottata la direttiva (UE) 2019/1158[35].

---

29 In particolare, il Considerando G.

30 A. M. BATTISTI, *Working Carers. Misure di conciliazione vita-lavoro. Working carers. Work life balance measures*, in *Mass. Giu. Lav.*, 2019, n. 1, p. 67.

31 Principi generali n. 2.

32 La direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 è volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione.

33 Il tema viene affrontato sotto diversi punti da V. FILÌ, *L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario*, in D. GAROFALO–M. TIRABOSCHI–V. FILÌ–A. TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, Adapt, 2023, n. 96, p. 436. L'A. pone l'attenzione sulla direttiva 2019/1158 e sul d.lgs. n. 105 del 2022 cui costituisce attuazione, che affronta un aspetto centrale poiché evidenzia come "il mantra della conciliazione viene per la prima volta accompagnato dalla specificazione che l'obiettivo va conseguito nella prospettiva della condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e del conseguimento della parità di genere in ambito sia lavorativo sia familiare.".

34 Tra le proposte 2017/0085 (COD) Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

35 Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 10*, in C. ALESSI-O. BONARDI-L. CALAFÀ-M. D'ONGHIA-M. MILITELLO-P. SARACINI-M.

La direttiva prevede delle condizioni minime relative al congedo di paternità, al congedo parentale, al congedo per i prestatori di assistenza e a modalità di lavoro flessibili per i lavoratori che sono genitori o i prestatori di assistenza[36]. Attraverso queste previsioni la direttiva cerca sì di raggiungere un equilibrato *work life-balance*, ma anche di contribuire al raggiungimento dell'obiettivo del trattamento di parità tra uomini e donne, in particolare per quanto riguarda, le opportunità sul mercato del lavoro e sul posto di lavoro[37].

Principalmente la direttiva si concentra sui lavoratori/genitori affinché sia loro permesso di continuare a far parte della forza lavoro, curando però gli interessi della propria famiglia e dei propri figli nello specifico[38]. Per questo motivo per poter garantire una idonea conciliazione vita privata – sfera lavorativa viene prestata particolare attenzione alle nuove esigenze dei lavoratori, tradotte nella possibilità anche di richiedere modalità di lavoro flessibili, oltre alla valorizzazione di diritti specifici[39]. Anche la direttiva al fine di conciliare l'organizzazione lavorativa con le esigenze proprie dei prestatori legate all'ambiente esterno – al contesto lavorativo – invita gli stessi a beneficiare dell'ausilio di strumenti digitali per l'esecuzione flessibile della prestazione, anche a distanza, prevedendo altresì calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro[40].

Sarebbe forse opportuno parlare di una "carriera di vita", intesa come percorso esistenziale in cui l'ambito lavorativo si fonde, attraverso assetti variabili, con interessi, valori, scelte che riguardano la vita privata e la dinamica familiare[41].

2. Le soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva atta a garantire il *work life balance*.

VALLAURI, *Diritto di conciliazione Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, in *Quad. Dir. Lav. Merc.*, 2023, p. 85.

36 In tema M. CORTI-A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro. Le misure giuslavoristiche del decreto aiuti*, in *Riv. ita. Dir. lav.*, 2022, n. 4, pp. 168-169. Gli autori affermano che «il d.lgs. n. 105 *stabilizza definitivamente il "congedo di paternità obbligatorio"*, distinguendolo da quello di *"paternità alternativo"*, che viene fruito dal padre nelle evenienze drammatiche in cui la madre non può utilizzare il proprio congedo di maternità (grave infermità, morte, abbandono del bimbo, affidamento esclusivo al padre».

37 In virtù dell'ambito di applicazione soggettivo la direttiva si applica a tutti i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un altro rapporto di lavoro, compresi i contratti di lavoro o i rapporti di lavoro riguardanti lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale, come precedentemente previsto dalla direttiva 2010/18/UE. Tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea («Corte di giustizia») per quanto riguarda i criteri per determinare lo status di un lavoratore, spetta agli Stati membri definire i contratti di lavoro e i rapporti di lavoro. In tema L. VALENTE, *La politica sociale UE recente e i progressi possibili per una nozione europea di lavoratore*, in *Riv. ita. Dir. lav.*, 2021, n. 4, p. 339 ss.

38 Cfr. A. TROJSI, *Sulla ricerca del giusto equilibrio di genere tra cura familiare e lavoro: finalità, contenuti e risorse del decreto legislativo n. 105/2022*, *op. cit.*, p. 415.

39 Come nel caso dei padri il cd. congedo di paternità.

40 Considerando n. 34.

41 A. M. BATTISTI, *op. cit.*, p. 86. R. GAMBLES-S. LEWIS-R RAPOPORT, *The Myth of Work-life Balance: The Challenge of our Time for Men*, Women and Societies, Chichester, 2006, pp. 34-41.

La conciliazione vita-lavoro può pertanto passare anche attraverso la contrattazione collettiva, tra i principali artefici dei mutamenti dell'organizzazione del lavoro aziendale, per tratteggiare nuovi orizzonti e prospettive nella trasformazione dell'attività lavorativa.
Secondo una parte della dottrina l'approccio più adeguato, per realizzare una corretta ed efficiente conciliazione tra lavoro e vita, non sarebbe l'utilizzo della norma imperativa, ma l'interrelazione tra legge, contratto collettivo e contratto di lavoro[42], utilizzando anche quella caratteristica propria del rinvio, da parte della legge, al contratto collettivo in funzione integrativa della disciplina legale. È stato sostenuto anche che ad un impianto di cornice legislativa, generale, deve seguire una regolamentazione specifica di ordine contrattuale nell'ambito dell'autonomia collettiva[43].

Dal punto di osservazione dell'autonomia collettiva due filoni di contrattazione collettiva, compatibili tra loro, si fanno promotori della flessibilizzazione aziendale atta a garantire il *work life balance*, tra ambiente esterno e ambiente interno, mediante modalità alternative a quelle previste dalle disposizioni normative: il primo caratterizzato dall'adozione di modalità di esecuzione e organizzazione della prestazione alternative a quelle previste dalla legge; il secondo funzionale a garantire una flessibilizzazione oraria e spaziale dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

2.1. Le modalità di esecuzione flessibili della prestazione alternative alla disciplina legale.

Partendo dalla prima delle due modalità, non può non essere menzionato l'accordo sottoscritto tra la Sasol Italy SpA e la RSU aziendale di Milano[44] in forza del quale le parti, in base a quanto previsto nel precedente Accordo programmatico del 9 luglio 2020[45], condividono un'intesa per affrontare le tematiche relative all'eventuale implementazione della nuova modalità organizzativa di lavoro, denominata "*F.O.R. Working*"[46]. Questa modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, avviata in forma sperimentale, è differente sia dal telelavoro, sia dal lavoro agile e si caratterizza per la piena libertà di gestione da parte del lavoratore dei tempi e del luogo di lavoro. I lavoratori hanno la facoltà di stabilire autonomamente i tempi e la collocazione oraria della prestazione lavorativa.

Interessante ai fini organizzativi è poi la previsione secondo la quale i lavoratori non sono dotati di una postazione lavorativa personale presso la sede aziendale[47], nonostante abbiano la possibilità di accedere alla stessa in caso di convocazione, con congruo preavviso, o per svolgere un servizio o l'esercizio della libertà sindacale.

---

42 R. SANTUCCI, *La conciliazione tra cura, vita e lavoro "(il work life balance)"*, in F. SANTONI-M. RICCI-R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, ESI, Napoli, 2016, p. 197.
43 S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, n. 2, p. 344.
44 Sottoscritto in data 21 gennaio 2021.
45 Siglato tra Federchimica, Farmindustria, FILCTEM-CGIL, FEMCACISL e UILTEC-UIL.
46 *Flexibility*, *Objectives* e *Results*.
47 In azienda sono presenti spazi di *desk-sharing* ovvero appositamente dedicati per le medesime finalità e per l'esercizio delle libertà sindacali.

La nuova modalità tenta di nobilitare gli obblighi in capo ai lavoratori, quali quelli di osservanza, diligenza e fedeltà[48], tramite una valorizzazione della fiducia e della responsabilità in capo al prestatore, che acquisisce maggiore autonomia nell'esecuzione della prestazione. Il prestatore di lavoro che opera in modalità "*F.O.R. Working*" diventa titolare di una ampia flessibilità spaziale e temporale, atteso che non ha vincoli prestabiliti né spaziali, né orari[49].

La nuova modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, *"F.O.R. Working"*, si caratterizza per la valorizzazione delle misure finalizzate ad accrescere il benessere dei prestatori, inteso soprattutto come separazione tra l'ambiente esterno e l'ambiente interno aziendale, attraverso nuove forme organizzative che vanno oltre le forme di scomposizione dell'impresa[50].

Durante il mese di luglio la Fincantieri S.p.A.[51] ha sottoscritto un accordo basato su un modello organizzativo cd. "*Work FOR Future*", incentrato sulla valorizzazione degli strumenti di conciliazione vita-lavoro anche attraverso la tutela dei lavoratori in relazione a esigenze di salute proprie o dei familiari.

Il modello "*Work FOR Future*" è organizzato mediante un lavoro per obiettivi e tenta di far coincidere i fini individuali con quelli comuni, cercando di migliorare la responsabilizzazione dei lavoratori e, contemporaneamente, il benessere degli stessi. Con lo scopo di migliorare l'equilibrio tra vita lavorativa e personale i lavoratori possono eseguire la prestazione lavorativa durante un arco temporale incluso tra le 08:00 e le 19:00. L'obiettivo di armonizzazione, tra l'ambiente esterno e quello interno, viene raggiunto grazie ad una gestione organizzativa e temporale agevolata in capo al lavoratore per i suoi impegni lavorativi, familiari e personali ottenendo, quindi, un aumento del benessere generale[52]. Questo nuovo modello è innovativo dal punto di vista organizzativo, poiché la modalità di esecuzione della prestazione riprende il tradizionale istituto del lavoro agile.

2.2. La fluidità organizzativa sottoforma di flessibilità oraria e spaziale.

La seconda tipologia di accordi è quella maggiormente diffusa, in queste ipotesi la contrattazione collettiva, attraverso soluzioni innovative, favorisce la conciliazione vita-lavoro

48 Cfr. M. MARAZZA, *Art. 2104 c.c., Diligenza del prestatore di lavoro*, in O. CAGNASSO-A. VALLOBONA (coordinato da), *Commentario del Codice civile, Dell'impresa e del Lavoro*, 2013, tomo 2, p. 216 ss.; S. BELLOMO, *Art. 2105 c.c. Obbligo di fedeltà*, *cit*., pp. 284 ss.

49 La modalità di lavoro in "*F.O.R. Working*" viene concordata tra Azienda e dipendente. Nel rispetto della durata della prestazione prevista dall'art. 8 del CCNL Chimico-farmaceutico, le obbligazioni connesse al "*F.O.R. Working*" si sono sviluppate attraverso modalità diverse: sia come collocazione della prestazione lavorativa nell'arco della giornata; sia come durata giornaliera della stessa.

50 M. D'APONTE, *op. cit*., 2022, p. 49.

51 Sottoscritto in data 18 luglio 2023.

52 G. M. BARRO, *Per una storia della contrattazione collettiva in Italia/171 – Fincantieri S.p.A.: il nuovo accordo sullo smart working nel contesto del modello organizzativo "Work FOR Future"*, in *Bollettino ADAPT*, 11 settembre 2023, n. 30.

sintetizzando, in un connubio a geometria variabile, le esigenze organizzative dell'impresa con quelle legate all'organizzazione produttiva fluida[53].

Il primo accordo preso in esame è il Protocollo[54] per la valorizzazione della persona nell'impresa, sottoscritto in data 29 marzo 2022 da Enel, Filctem, Flaei e Uiltec cd. "Statuto della Persona". L'accordo contiene alcune linee guida con la finalità di affrontare nel modo più opportuno la trasformazione sociale, economica e culturale in atto, salvaguardando la persona nella sua dimensione sociale e lavorativa[55].

In tale ottica il perseguimento degli obiettivi aziendali non può essere mai realizzato a discapito dell'equilibrio tra vita e lavoro di ogni prestatore. I risultati da perseguire non devono intaccare la conciliazione vita-lavoro, che costituisce il modello integrato di benessere delle persone, attraverso una gestione sostenibile dei tempi di lavoro. Come modello di esecuzione della prestazione virtuoso l'accordo menziona il lavoro agile e auspica un ragionevole diritto alla disconnessione che possa supportare la persona-lavoratore nella tutela di un equilibrio salutare dei tempi di vita privata e di lavoro. In modo da coltivare e tutelare il benessere delle persone e la loro possibilità di dedicarsi ai propri impegni.

L'accordo integrativo sottoscritto per il Centro direzionale Lavazza tra Luigi Lavazza Spa e le Rsu del Centro direzionale è il secondo esaminato, che ha tra gli obiettivi principali l'equilibrio tra attività lavorativa e vita privata. L'accordo prevede un modello organizzativo flessibile con l'obiettivo di conciliare il miglioramento delle performance e il raggiungimento dei risultati senza mai far venir meno la salvaguardia di un corretto bilanciamento vita-lavoro, in cui i lavoratori acquisiscono maggiore autonomia, in forza della flessibilità organizzativa e aumentano il loro grado di responsabilizzazione. Anche in questo caso viene richiamato come esempio campione, che ha permesso di coniugare un migliore bilanciamento dei tempi e delle esigenze di vita privata e lavorativa, l'utilizzo del lavoro agile[56], che ha permesso un'evoluzione delle modalità di lavoro tramite un accrescimento della responsabilità personale e dell'autonomia per raggiungere determinati obiettivi.

L'accordo si concentra principalmente nel sistema di gestione dei tempi di lavoro e di non lavoro[57], sulla regolamentazione dei riposi individuali e sull'applicazione dell'istituto della banca ore. In particolare, riguardo al primo dei due istituti menzionati l'accordo adotta una particolare disciplina: sono previste 16 ore vincolate a copertura delle giornate di chiusura

53 Per l'introduzione del concetto di fluidità spazio-temporale cfr. A. TURSI, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, n. 2, p. 464 ss.; V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile "senza precisi vincoli"*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2022, n. 1; G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Lab. law iss.*, 2022, n. 1.

54 Valido per tutto il gruppo Enel.

55 T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, n. 1, pp. 1 ss.

56 In merito all'utilizzo del lavoro agile come strumento per verificare in quale modo l'istituto impatta sulla conciliazione vita-lavoro molto interessante è l'accordo sottoscritto, in via sperimentale, durante il mese di agosto 2023 dalla TIM S.p.A. che prevede la possibilità per 32.000 prestatori di lavorare in modalità agile cinque giorni su cinque.

57 Oltre che sul rinvio alla disciplina contenuta nella CCNL Industria Alimentare.

collettiva degli uffici del Centro Direzionale per le festività natalizie[58]; sono stabilite 47 ore imputate a titolo di riduzione orario (cd. RID)[59]; infine, 45 ore vengono attribuite a titolo di utilizzo collettivo e riduzione dell'orario, a gruppi di 3 ore in riduzione dell'orario del venerdì, con la possibilità di beneficiare dell'uscita anticipata in base all'effettivo orario di ingresso, con l'intento di realizzare la cd. settimana corta per 15 settimane[60]. Con riferimento al secondo degli istituti menzionati l'accordo conferma che: sono accantonabili in banca ore un massimo di 5 ore mensili di straordinario autorizzato; le ore accantonate sono disponibili per i successivi 12 mesi; per le ore accantonate viene erogata la sola maggiorazione dello straordinario pari al 45% unitamente alle competenze del mese successivo all'accantonamento; in caso di mancato utilizzo della competenza entro 12 mesi, questa viene saldata con il pagamento della relativa indennità economica.

Un altro accordo di notevole impatto nell'economia organizzativa flessibile dell'attività lavorativa in azienda è quello sottoscritto di recente da Intesa San Paolo[61]. Al fine di contribuire ad un'adeguata evoluzione della conciliazione tra vita lavorativa e sfera privata l'accordo sviluppa due profili, che, tra loro, possono anche essere considerati complementari: il primo riguardante la flessibilità dell'orario di lavoro individuale di ingresso; il secondo relativo alla organizzazione della settimana lavorativa corta[62]. Con riferimento alla prima delle due prospettive viene consentito ai prestatori di lavoro, sia in presenza, che a distanza, di avere grande flessibilità sull'orario di ingresso, grazie alla possibilità di anticipare l'inizio della

58 Nel caso in cui dovessero, tali date, coincidere con una giornata non lavorativa, le ore saranno utilizzate in altri periodi dell'anno in corrispondenza di Festività e/o ponti.

59 A partire dal 01/01/2023 tale montante potrà essere utilizzato cumulativamente o separatamente, anche in singole mezze ore o multipli, mezze giornate o giornate intere, anche consecutive. La pianificazione delle suddette spettanze sarà effettuata dal dipendente, e autorizzata dal rispettivo responsabile, in modo da assicurarne il godimento entro il 31 dicembre dell'anno di maturazione, impregiudicata la realizzazione della riduzione dell'orario annuale di lavoro. L'utilizzo dei riposi individuali a titolo di riduzione orario deve essere comunicato e autorizzato dal proprio responsabile in considerazione delle ordinarie esigenze operative, salvo casi di giustificato impedimento.

60 Cfr. M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, Relazione AIDLaSS 25 maggio 2023, Campobasso, p. 51 in cui l'A. fornisce un elenco esemplificativo di possibile settimane corte: «a) Riduzione secca di un giorno – otto ore in meno, a parità di salario – nella prospettiva di un innalzamento della produttività; b) compensazione tra permessi e durata dei turni di lavoro, specie in un'ottica di continuità del ciclo produttivo: si parla anche di "smonetizzazione del salario accessorio", qualcosa di molto vicino alla banca delle ore ma più originale: il lavoratore può scegliere di switchare una quota delle proprie indennità annuali vero le ore di permesso retribuito sino a giungere alla possibilità della settimana lavorativa di 4 giornate; c) settimana corta lavorando 9 ore al giorno; d) riduzione oraria della giornata e non della settimana; e) settimana corta con riduzione dello stipendio; f) settimana corta e destinazione del tempo residuo ad iniziative formative; g) riduzione a turni dell'ultimo giorno della settimana».

61 In data 26 maggio 2023.

62 La settimana corta non si sta diffondendo solo in Italia, di recente, infatti, è stato pubblicato uno studio sulla settimana corta condotto nel Regno Unito, consultabile collegandosi al sito https://autonomy.work/wp-content/uploads/2023/02/The-results-are-in-The-UKs-four-day-week-pilot.pdf.

prestazione lavorativa a partire dalle ore 7:00 o posticiparla fino alle ore 10:00 con correlato spostamento dell'orario di fine lavoro[63]. La seconda prospettiva, invece, permette ai lavoratori, al pari della prima di migliorare la conciliazione vita-lavoro, attraverso però una differente prospettiva di modulazione dell'orario di lavoro. Il prestatore può richiedere un'articolazione oraria giornaliera di 9 ore su 4 giorni della settimana, con la possibilità di modificare le giornate lavorate, nel corso della settimana lavorativa dal lunedì al venerdì, d'intesa con il proprio Responsabile[64]. Sarà anche possibile alternare settimane complete da 36 ore, con articolazione 9 ore giornaliere su 4 giorni, con settimane complete da 37 ore e 30 minuti, ad orario da 7 ore e 30 minuti giornalieri su 5 giorni.

In un'analoga prospettiva, rispetto al precedente, è stato sottoscritto un accordo tra Fastweb S.p.a. e le organizzazioni sindacali[65] con lo scopo di flessibilizzare l'orario di lavoro attraverso due direttrici: un orario flessibile di ingresso e la riduzione dell'orario. La prima opzione garantisce per il personale la flessibilità in ingresso dalle ore 8.00 alle ore 10.00, con ricomposizione giornaliera dell'orario di lavoro a seconda dell'inizio reale della prestazione lavorativa[66]. La seconda direttrice di intervento si discosta leggermente da quelle precedentemente analizzate poiché prevede, a partire dal 1° gennaio 2024, per i prestatori di lavoro[67], al fine di agevolare una migliore conciliazione vita lavoro, una riduzione della prestazione lavorativa settimanale di 4 ore rispetto all'orario tradizionale. La riduzione viene applicata alla giornata del venerdì e l'obiettivo è raggiunto grazie al lavoratore che contribuisce settimanalmente all'abbattimento dell'orario mettendo a disposizione due ore di permessi annui retribuiti e, al contempo, l'azienda concede due ore aggiuntive senza oneri per lo stesso. Questa modalità non prevede la timbratura del cartellino marcatempo.

Con riferimento a quest'ultima annotazione relativa al cartellino è opportuno menzionare due accordi conclusi come "attività sperimentali" da Velvet Media Italia S.r.l. e Advice Group S.p.A. relativi a prospetti ancora differenti da quelli sinora presi in esame, ma funzionali a contribuire alla fluidità organizzativa, propedeutica al raggiungimento di un equilibrio nella conciliazione vita-lavoro.

La Velvet Media tramite il progetto "*MyWay work*" ha optato per l'eliminazione della timbratura del cartellino marcatempo e dei turni da 8 ore al giorno per cinque giorni a settimana collegando l'esecuzione dei prestatori a determinati programmi[68]. Attraverso questa

63 Al personale che non opera in turni, su base volontaria, in via non continuativa e previo accordo con il proprio Responsabile, compatibilmente con le esigenze tecniche, organizzative e produttive.

64 L'autorizzazione allo svolgimento della "settimana corta" potrà essere concessa solo compatibilmente con le esigenze tecniche, organizzative e produttive aziendali e le richieste avanzate saranno riscontrate, anche negativamente, entro la fine del terzo mese successivo alla domanda.

65 Sottoscritto in data 26 luglio 2023.

66 Il personale che opera in orario base, non soggetto quindi ad archi di turnazione.

67 Valido per i lavoratori full-time che operano in orario base (non soggetti ad archi di turnazione).

68 Cfr. A. FENOGLIO, Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile, in *Lab. law iss.*, 2022, n. 8, p. 186; F. BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, in Studi organizzativi, 2020, n. 1, pp. 142 ss.; M. T. CARINCI-A. INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma,* in *Lab. law iss.*, 2021, v. 7, n. 2, pp. 16 ss.

modalità perde valore la misurazione della giornata lavorativa, ma emergono quali valore giuridici: quello della conciliazione vita-lavoro; il grado di autonomia individuale.

La Advice Group, Martech company, ha eliminato, anch'essa, la necessità di timbrare il cartellino marcatempo e il riferimento al normale orario di lavoro e al tradizionale luogo di lavoro. In questa seconda ipotesi la struttura organizzativa aziendale perde la sua normale connotazione verticistica in favore di un modello di tipo orizzontale[69] e le direttrici principali su cui si focalizza l'accordo sono molteplici, tra cui: la revoca dell'orario di lavoro tradizionale; l'abolizione del classico luogo di lavoro, inteso quale postazione fisica fissa; la partecipazione dei collaboratori ai profitti.

3. La disgregazione dell'unità tempo lavoro e il nuovo concetto di orario.

La distinzione tra vita privata e tempi di lavoro dovrebbe essere naturalmente scandita dal tempo che viene trascorso in presenza all'interno dell'azienda e dall'uscita dal luogo di lavoro che segna la conclusione della giornata lavorativa. Il termine dell'orario di lavoro, coincidente con l'uscita da parte del prestatore di lavoro dal proprio ufficio, realizzava tradizionalmente la disconnessione dall'attività lavorativa[70].

Il luogo di lavoro, quindi, contrassegnava l'inizio e la fine dell'esecuzione lavorativa e dei relativi impulsi provenienti dal datore di lavoro. Oggi, invece, anche se il lavoratore è al di fuori dal luogo in cui esegue la prestazione, costui può essere comunque sempre rintracciato attraverso qualsiasi dispositivo tecnologico in suo possesso, che sollecita la sua reattività, interferendo con la vita privata.

Con la progressiva diffusione del lavoro a distanza e la contestuale e proporzionale riduzione del lavoro presenziale, il prestatore di lavoro esegue la propria prestazione connettendosi a distanza, questo comporta lo sgretolamento del limen tra orario di lavoro e tempo di non lavoro, che diventa meno netto[71].

La flessibilizzazione fluida delle previsioni spazio-temporali dell'attività lavorativa porta ad una segmentazione e parcellizzazione della stessa, «con l'effetto di disgregare la classica unità temporale del lavoro (la giornata lavorativa, l'ora di lavoro) in favore del numero di prestazioni eseguite e del risultato che esse sono in grado di realizzare (risultato che è anche più agevole controllare), impensabile nel lavoro presenziale»[72].

La fluidità spazio-temporale organizzativa della nuova prestazione lavorativa induce a soffermarsi su un profilo centrale, ma al contempo critico, dello studio in esame, relativo alla nozione di orario. Lo svincolo dai canoni tradizionali può, infatti, rendere il concetto classico

69 In questo senso G. BOLEGO, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, in *Labor*, 2019, n. 1, p. 53; C. PAREO, *L'attualità dell'art. 2094 c.c. nell'epoca del lavoro «senza precisi vincoli di orario o di luogo»*, in *Labor*, 2023, n. 3, p. 249.

70 In senso lato V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, p. 44 ss.

71 Anche con riferimento al godimento delle pause, dei riposi giornalieri o settimanali e, infine, delle ferie.

72 A. MARESCA, *op. cit.*, p. 177.

di orario di lavoro desueto e inadeguato[73]. Il ragionamento trova la sua *ratio* nella misura in cui l'art. 1, c. 2 del d. lgs. n. 66 del 2003, che attua la direttiva 93/104/CE e definisce come "orario di lavoro" qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni[74].

Molto probabilmente gli elementi enunciati dalla direttiva non possono essere rinvenuti nelle modalità di esecuzione a distanza, che, come anticipato, fanno della fluidità (spazio-) temporale la loro caratteristica principale, di cui gli elementi che la caratterizzano sono la libera auto-determinazione e auto-organizzazione dell'attività lavorativa, funzionali al raggiungimento di uno *status quo* della conciliazione vita-lavoro[75].

Principalmente l'assenza oggi degli elementi caratterizzanti la nozione si denota in proiezione di un salto temporale trentennale (e digitale) a cui, forse, la direttiva non aveva neanche pensato logicamente con la sua emanazione risalente a circa trent'anni fa. Nonostante la problematica sul primo dei tre elementi sembra essere risolta in seguito alle pronunce della Corte, le quali hanno affermato che non è necessaria la presenza fisica del lavoratore, atteso che lo stesso può "essere al lavoro" anche nel proprio domicilio o in luoghi altri rispetto al luogo di esecuzione tradizionale[76], in ottica di lavori svolti a distanza[77].

---

73 Cfr. V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2022, n. 1, p. 1 ss.; O. RAZZOLINI, *Lavoro agile e orario di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, n. 2, p. 371 ss.

74 La Corte di giustizia nel suo orientamento stabilisce che l'orario di lavoro sussiste in presenza di tre elementi: essere al lavoro; a disposizione; nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni. Cfr. C. giust. 3 ottobre 2000, causa C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, punto 47; C. giust. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, Ville de Nivelles c. Rudy Matzak, punti 65-66; C. giust. 14 maggio 2019, causa C-55/18, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE; C. giust. 11 novembre 2021, causa C-214/20, MG c. Dublin City Council, punto 38; C. giust. 9 marzo 2021, causa C-344/19, D.J. c. Radiotelevizija Slovenija, punto 43. Cfr. S. BELLOMO-L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale ripensamento della sentenza Matzak del 2018*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2021, n. 2, II, p. 336 ss.

75 V. CAGNIN, *Lavoro e diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione*, in *Ricerche Giuridiche*, 2019, vol. 8, n. 2, p. 54.

76 S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalimi.it*, 2022, n. 19, p. 180. L'A. è tra i primi inizia a interrogarsi sull'applicabilità dei principi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di orario nei confronti delle forme di lavoro remotizzato. Prevedendo che «occorre chiedersi quale attualmente sia il livello di "precomprensione" ovvero metabolizzazione o implementazione, attuale o potenziale, di tali principi, con più specifico riferimento al lavoro digitale, che, al momento, trova il suo punto di emersione e di aggancio con l'ordinamento positivo nella figura del lavoro agile».

77 C. giust. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, Ville de Nivelles c. Rudy Matzak, punti 65-66; nonché più di recente C. giust. 9 marzo 2021, causa C-344/19, D.J. c. Radiotelevizija Slovenija, punto 43.

La difficoltà più marcata si ritrova nella valutazione del requisito della disponibilità[78] difficilmente definibile e ancora più faticosamente accertabile[79], secondo la giurisprudenza europea sulla base di una valutazione qualitativa e quantitativa dei vincoli imposti al lavoratore.

La Corte fornisce degli "indici sintomatici" dell'intensità dei vincoli, ma nei casi esaminati non prende in considerazioni il quadro sistematico esaminato nel presente contributo, caratterizzato da una elevata fluidità (spazio-)temporale e da un'ampia libera auto-determinazione e auto-organizzazione dell'attività lavorativa, slegata dal vincolo temporale, ma connessa agli stadi di avanzamento del programma. Per questa motivazione la riflessione sull'attualità del concetto di orario di lavoro necessita di un ripensamento secondo un'ottica di ampliamento della nozione di tempo di lavoro, legato ora a principi nuovi derivanti dalle evoluzioni del diritto vivente.

La nuova nozione di orario di lavoro, così come delineato nel diritto vivente, dovrebbe tener conto anche e soprattutto dell'organizzazione lavorativa flessibile, eccedendo il paradigma della rilevanza del tempo nella misura della prestazione e valorizzando l'utilità organizzativa fluida legata ad un programma. Lo stretto legame indissolubile tra orario e retribuzione, che caratterizza l'art. 36 Cost., è possibile rinvenirlo anche in questo caso, in cui, la novità del concetto di orario di lavoro si riflette *lato sensu* nella retribuzione.

Le modifiche attinenti alla rilevanza del tempo nella misura della prestazione maturano dei riflessi nella retribuzione, nella misura in cui l'esatto adempimento diventa un parametro, non esclusivo, di valutazione per l'erogazione della retribuzione[80].

Il prestatore di lavoro, infatti, può trarre beneficio da tali modificazioni sistematiche poiché, nel caso in cui non raggiunge un risultato prefissato, difficilmente può essere qualificato come inadempiente. Questo può accadere solamente se la retribuzione viene slegata dal concetto del tempo e il datore di lavoro considera la prestazione del lavoratore non ancorando la valutazione alla retribuzione[81]. Invece, nel caso in cui la retribuzione venisse pagata solamente

---

78 C. MAZZANTI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *Massimo D'Antona, C.S.D.L.E.,* 2011, n. 123, p. 1 ss.

79 Secondo V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile "senza precisi vincoli"*, in *Lav. dir. eur.,* 2022, n. 1, p. 3, «la "dipendenza" e la "direzione" possono essere accomunati nello stato di disponibilità nel tempo del lavoratore al potere datoriale. A tal proposito riporto un passo scritto da Mario Grandi: "nel rapporto di lavoro subordinato, la persistenza nel tempo [...] riguarda la situazione stessa di subordinazione nel suo significato fondante di dipendenza dell'obbligato dal potere di direzione e di organizzazione dell'altro contraente, in conformità alla causa del contratto. Questa situazione si esprime nella disponibilità continuativa del prestatore" (M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir*., vol. XXXVII, 1987, p. 325). Lo stato di dipendenza, dunque, è una condizione di disponibilità nel tempo, durante il quale si esercita il potere direttivo del datore di lavoro».

80 Cfr. O. RAZZOLINI, *op. cit*., p. 394. In cui l'A si domanda se «il tempo non è più l'unità di misura del lavoro, così da giustificare l'esclusione del diritto allo straordinario, come può la retribuzione continuare ad essere calcolata in base al tempo? ».

81 M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro*, AIDLASS - Giornate di Studio Campobasso, 25-26 maggio 2023, p. 36. Con riferimento alla settimana corta, in un'ottica analoga, ma non coincidente, l'A. afferma «[…] il ridimensionamento dell'importanza del tempo di

a fronte del raggiungimento pieno dell'obiettivo prefissato, la stessa potrebbe essere considerata come una retribuzione a cottimo, ma il caso *de quo* è distinto dall'ipotesi del cottimo perché svincolato dal risultato. Il nocciolo duro della questione risiede nella modalità di organizzazione, che è il parametro principale della rivoluzione del concetto di orario di lavoro, suddivisa tra la modalità di esecuzione della prestazione e la progettazione di un programma per il raggiungimento dell'obiettivo. La prestazione di lavoro deve essere eseguita con riferimento al programma, che ha molteplici stadi di avanzamento, e il prestatore può essere valutato quanto alla sua prestazione svolta in base al raggiungimento dei vari SAL intermedi[82].

Concretamente questa politica di organizzazione comporta grandi cambianti nella politica aziendale, infatti, l'azienda non ha più interesse a verificare se il prestatore svolga le sue classiche otto ore medie giornaliere, bensì preferisce appurare se siano, o meno, state raggiunte le varie fasi di avanzamento del programma prefissato.

Questa operazione ha dei riflessi diretti nell'ambito della conciliazione vita lavoro, atteso che oltre alla migliore fruizione teorica e al godimento pratico delle due sfere temporali, ha una diretta incidenza sull'esaltazione e sullo sviluppo della responsabilità del lavoratore nell'esecuzione della prestazione. Perde pertanto di significato la misurazione oraria della prestazione, mentre come reazione acquisisce importanza la verifica dell'avanzamento del programma sganciato dalla misura materiale dell'orario. Secondo questa ottica il diritto vivente si avvia a definire un orario di lavoro in cui organizzazione del tempo è rimessa al lavoratore.

4. Conclusioni.

---

lavoro, che perde il ruolo di metodo unico di misurazione della prestazione lavorativa. La produttività del lavoro, infatti, non è data dall'insieme delle ore lavorate, ma dall'output collegato alle ore lavorate».

82 Cfr. A. TURSI, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind*., 2022, n. 2, pp. 467-468, secondo l'A. «con la quinta rivoluzione industriale si sta verificando un fenomeno che potrebbe definirsi di "massificazione del lavoro per obiettivi", per più ragioni, delle quali quelle fondamentali sono due: la prima è costituita dalle nuove tecnologie che consentono la totale digitalizzazione degli scambi informativi e comunicativi, rendendo materialmente possibile ciò che prima non lo era, cioè la destrutturazione delle relazioni di lavoro che tendono a trasformarsi in una serie di prestazioni isolate, sterilizzate dal contenuto assicurativo, tipico del contratto di lavoro». «[…] l'evaporazione del tempo e del luogo di lavoro produce all'interno del contratto di lavoro, la tendenza a remunerare la prestazione e non il tempo di attesa, il risultato, piuttosto che il tempo completamente speso a disposizione del datore di lavoro. Si tratta di una chiara eterogenesi dei fini, perché in questa visione, il lavorare per obiettivi, venendo compensati per le prestazioni realmente effettuate, sterilizzate dalle pause e dai tempi morti, non è più il supplemento premiale di un lavorare venendo retribuito a tempo, ma tende a diventare la modalità totalizzante della prestazione: ecco perché ipotizzavo poc'anzi una differenziazione tra il modello tradizionale del lavorare per obiettivi – sia quello dei dirigenti, sia quello dei premi di risultato – e la nuova avanzante modalità del lavorare per obiettivi».

La rivoluzione tecnologica ha influito significativamente sui mutamenti nei processi produttivi e in particolar modo nei modelli di organizzazione del lavoro[83].

Attraverso la fluidità spazio-temporale del rapporto lavorativo, in particolar modo descritta dai nuovi accordi collettivi, la struttura del rapporto subisce un cambiamento notevole, atteso che il tempo ed il luogo di lavoro non sono più segnati dall'esercizio del potere direttivo del datore, ma sono, in tutto o in parte, condizionati dalle scelte del lavoratore che può decidere quando e dove eseguire la propria prestazione. Mediante questa organizzazione flessibile e fluida che prevede, in particolare, l'utilizzo dell'esecuzione della prestazione lavorativa a distanza, il lavoratore diventa «padrone del tempo di lavoro e del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa»[84]. Infatti, questa modalità di esecuzione della prestazione fluida permette di accedere ad una diversa organizzazione del lavoro che sembra essere in grado di raggiungere nuovi e più idonei livelli di conciliazione tra vita privata e sfera lavorativa grazie alla focalizzazione dell'interesse più sul risultato, che sul tempo materiale di lavoro. I lavoratori diventano titolari di nuovi e mai pensati prima margini di autonomia nello svolgimento della loro attività in forma subordinata. Questo di traduce nella perdita della nozione tradizionalmente intesa dalla prassi dell'orario giornaliero di circa otto ore giornaliere a fronte del raggiungimento del programma prestabilito, che diviene il fulcro della tematica.

I tratti della nozione di subordinazione tecnico-funzionale *ex* art. 2094 c.c. non sono inficiati, però, né dall'autonomia del prestatore, né tantomeno dell'autonomia nella determinazione di tempi e luoghi in cui la prestazione può essere eseguita[85]. In ragione del fatto che il prestatore di lavoro fluido resta subordinato al rispetto del potere direttivo e organizzativo proprio del datore di lavoro, che trova radici nel rapporto di lavoro individuale.

In realtà, già il legislatore nel 2017 con l'art. 18, c. 1, concepisce la possibilità di eseguire la prestazione di lavoro subordinato anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, fino a quel momento classicamente riconducibili prevalentemente alla fattispecie del lavoro autonomo[86]. Attraverso questa operazione viene affermato che l'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro non è incompatibile con la fattispecie lavoro subordinato, come una parte della dottrina invece sosteneva inizialmente[87], arrivando a caldeggiare che ai fini della

83 Cfr. D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Giornate di studio AIDLaSS, Cassino 18-19 maggio 2017, pp. 78-89. L'A. si interroga su un punto di vista relativo all'analisi delle tecniche di tutela del lavoratore coinvolto nei processi di frammentazione dell'organizzazione produttiva.

84 A. MARESCA, *op. cit.*, p. 171.

85 R. CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2017, n. 3, p. 540.

86 F. SANTONI, *L'obbligazione del risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, n. 4, p. 933; A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 59.

87 Peraltro, lo dimostra il rapporto di lavoro del dirigente, P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2020, n. 2, pp. 208-209; P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1974; A. ZOPPOLI, Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione, ESI, Napoli, 2000.

qualificazione giuridica, autonomia e subordinazione, le coordinate spazio-temporali, oggi, non sono più dei fattori discretivi decisivi tra le due aree[88].

La fluidità organizzativa può avere due risvolti: per i lavoratori, può rappresentare lo strumento per il raggiungimento del benessere inteso come assenza di porosità nel tempo di vita privato[89]; nei confronti dell'impresa, può raffigurare, invece, un miglioramento della produttività e un abbattimento da alcuni costi eccessivi.

Nonostante la flessibilità spazio-temporale in cui la fluidità si traduce abbia due effetti diametralmente opposti, ciò non vuol dire che le esigenze dei soggetti coinvolti siano in contrasto[90]. La giusta formula per godere di un corretto equilibrio tra ambiente esterno e ambiente interno non può essere considerata universale. È, invece, opportuno che le parti coinvolte mantengano una piena funzione regolativa capace di raggiungere lo *status quo* e compensare così la maggiore gravosità del lavoro in alcune situazioni di disuniformità oggettiva della gestione individuale.

88 P. TULLINI, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 2018, p. 190.

89 Con riferimento al tempo dedicato al riposo, alla famiglia e allo svago.

90 V. ZEPPILLI, *Flessibilità oraria per impresa e lavoratori: due esperienze a confronto*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2019, n. 1, p. 4.

RISCHIO PSICHICO E SICUREZZA DEL LAVORO NEL DIRITTO VIVENTE

Nicola De Marinis
Consigliere addetto alla Sezione Lavoro nella Corte di Cassazione

Abstract [It]: Il contributo esamina le evoluzioni giurisprudenziali che hanno riguardato la categoria del rischio psichico nell'ambito del sistema della sicurezza sul lavoro. Sono analizzate le principali caratteristiche dei "fattori eziologici" del rischio psichico, quali il *mobbing* e lo *straining*, nel loro rapporto con l'art. 2087 del codice civile.

Abstract [En]: *The contribution examines the case law development concerning the category of psychicological risk within the occupational health and safety system. The main characteristics of the 'aetiological factors' of psychological risk, such as mobbing and straining, are analysed in their relationship with Article 2087 of the Civil Code.*

SOMMARIO: **1.** L'originaria irrilevanza del rischio psichico del lavoratore – **2.** L'emergere dei fattori eziologici del rischio psichico: il *mobbing* – **3.** ... lo *straining* – **4.** La traslazione della tutela dalla condotta al danno e ritorno.

1. L'originaria irrilevanza del rischio psichico del lavoratore

Il rischio psichico correlato al lavoro, conseguente al risultare le relative condizioni generatrici di stress, quale stato di percepito disagio per il mancato adattamento all'ambiente lavorativo, dovuto alle distorsioni delle dinamiche relazionali tra le diverse figure implicate in distinti ruoli nei processi produttivi, è stato a lungo disconosciuto nel suo porsi come fattore patogeno idoneo ad incidere in senso pregiudizievole sul diritto alla salute costituzionalmente riconosciuto.

E ciò nonostante l'ordinamento, già a partire dal codice civile del 1942, e così in anticipo rispetto alla Carta costituzionale, avesse apprestato a garanzia del diritto alla salute del lavoratore un adeguato strumento di tutela[1].

L'art. 2087 c.c. poneva a carico dell'imprenditore l'obbligo di «*adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*»[2].

Opzione questa che valeva ad inscrivere la tutela della salute e sicurezza del lavoratore nei luoghi di lavoro nello schema giuridico della responsabilità contrattuale da inadempimento, implicante, ove risultasse provata, con onere a carico del lavoratore, la condotta tenuta dal datore in violazione dell'obbligo ed il nesso di causalità tra questa ed il pregiudizio alla propria condizione fisica subito dal lavoratore, la risarcibilità del danno relativo.

Come era stato autorevolmente osservato, nel contesto della norma codicistica, opportunamente riplasmata in una prospettiva "prevenzionale" in base al disposto dell'art. 32 Cost.[3], il pregiudizio alla salute del lavoratore derivante dalla lesione della sua integrità psichica ben poteva rinvenire «*le stesse potenziali difese apprestate per quella fisica*»[4] a fronte dei tradizionali rischi fisici, chimici e biologici.

Il fatto è che il rischio psichico è sovente apparso collegato a fattori eziologici in concreto «*sfuggenti quasi impalpabili*»[5], riconducibili anche alla percezione soggettiva dell'interessato, così da rendere «*evanescente il criterio della colpa*»[6] in base al quale fondare l'imputabilità del pregiudizio al datore, quando non si è giunti a ritenere la sofferenza psichica «*forse fatalisticamente alla stregua di un prezzo che il debitore di opere deve pagare all'organizzazione altrui*»[7].

2. L'emergere dei fattori eziologici del rischio psichico: il mobbing

1 Si veda l'analisi di G. PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in AA.VV., *Stress e lavoro*, *Atti del Convegno di Roma, 7-8 giugno 2011*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012 n. 1/2, p. 27.

2 Sulle caratteristiche e la portata della norma cfr. L. Montuschi, voce Ambiente di lavoro, in Dig. disc. priv., sez. comm., vol I, UTET, Torino, 1987, p. 87 e ss. e più di recente P. Albi, Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087 c.c., in F.D. Busnelli (diretto da), Il Codice civile. Commentario, Giuffrè, Milano 2008.

3 A riguardo v. L. MONTUSCHI, *Sub Art. 32,* in G. BRANCA (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, vol. VII, Zanichelli – Foro it., Bologna-Roma, 1976, p. 146 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. V, *Salute e sanità*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 3 ss.

4 Così L. Montuschi, Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica, in Riv. it. dir. lav, 1987, n. 1, p. 3 e ss qui p. 5.

5 Così E. GRAGNOLI, *Sub Artt. 28, 29, e 30*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 393 ss. e qui p. 400.

6 A. VALLEBONA, *La responsabilità per lo stress lavoro-correlato nella secolarizzazione dell'occidente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, n. 1/2, p. 26.

7 Così L. MONTUSCHI, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, cit., p. 5.

La rilevanza giuridica del rischio psichico è emersa con il progressivo accreditarsi di studi svolti nell'ambito delle scienze mediche e psicosociali, studi sollecitati dall'imporsi di un rinnovato concetto di salute fatto proprio dall'Organizzazione mondiale della Sanità, per la quale questa si concreterebbe in uno «*stato di completo benessere fisico, psichico, mentale e sociale, non consistente solo in una assenza di malattia o d'infermità*»[8] e tesi ad individuare specifici fattori di insorgenza del fenomeno dello stress lavoro-correlato[9], a ricomprendere dalle situazioni di conflitto, agli aspetti di progettazione, organizzazione e gestione del lavoro, fino ai rispettivi contesti ambientali e sociali.

Riconosciuto in linea di principio, nel solco di analoghe iniziative in precedenza assunte in ambito europeo, quali la sottoscrizione l'8 ottobre 2004 dell'Accordo sullo stress nei luoghi di lavoro[10], così che ne risulta prescritto dal d.lgs. n. 81 del 2008[11], all'art.28[12] il tenerne conto ai fini della valutazione dei rischi per la sicurezza nei luoghi di lavoro secondo i contenuti dell'Accordo europeo ed in base alle indicazioni della Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6, comma 8, lett. m-quater del d.lgs. n. 81/2008, valutazione il cui oggetto ora si estende ad altre condizioni personali anch'esse riguardate come fattori stressogeni, differenze di genere, età, provenienza da altri Paesi e persino la tipologia contrattuale in base alla quale l'attività lavorativa è prestata, sul piano concreto della tutela giudiziale del fenomeno quel riconoscimento è venuto ad essere tarato sulla rispondenza dell'evento causativo del danno

8 La definizione si legge nel preambolo dell'atto costitutivo dell'Organizzazione mondiale della Sanità – OMS, agenzia delle Nazioni Unite istituita nel 1948 con sede a Ginevra.

9 Per il dibattito dottrinale sviluppatosi di conseguenza si vedano A. ANTONUCCI -M. LEPORE (a cura di), *Lo stress lavoro-correlato ed i rischi psico-sociali*, in *Bollettino speciale ADAPT*, 2009, n. 16; M. C. CATAUDELLA, *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 676; G. LUDOVICO, *Lo stress correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria, previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 401; R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Edizioni Università Trieste, Trieste, 2012; AA.VV., *Stress e lavoro, Atti del Convegno di Roma, 7-8 giugno 2011*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, n. 1-2; e il volume monografico di *Lavoro e Diritto*, 2012, n. 2, L. ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato, Atti del Convegno di Urbino, 8 novembre 2013*, in *Working Papers di Olympus*, 2014, n. 31.

10 Recepito nell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 tra le diverse Associazioni datoriali e le CGIL, CISL e UIL. A riguardo vedi D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'accordo quadro europeo*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 26, p. 24.

11 Per una analisi complessiva del d.lgs. n. 81/2008 si veda F. CARINCI, Habemus *il testo unico per la salute e sicurezza dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in L. ZOPPOLI-P. PASCUCCI-G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, IPSOA, Milano, 2010; ed ancora P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza del lavoro del 2008/2009. Una rapsodia su novità e conferme*, in *Working Papers di Olympus*, 2011, n. 1.

12 Sulla specifica disposizione vedi M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008*, in *Working Papers di Olympus*, 2011, n. 1.

alle caratteristiche proprie delle situazioni identificate nelle sedi scientifiche proprie come stressogene.

Un riconoscimento risultato inevitabilmente limitato per essere a lungo rimasto circoscritto alla figura sulle prime ritenuta tale da assommare in sé ogni interferenza tra salute psichica e lavoro, ovvero il *mobbing*[13].

Il limite conseguiva all'essere tale figura ritenuta rispondere ad una precisa caratterizzazione per la quale ad essa era riconducibile ogni forma di violenza psicologica attuata in modo iterativo con modalità polimorfe e con intenzionalità lesiva così da concretarsi in un'azione persecutoria, intrapresa per un periodo determinato e legata ad una strategia la cui finalità è data dall'estromissione del soggetto vittima da una determinata posizione.

In questi termini infatti veniva recepita sul piano del diritto a partire dalla sentenza del Tribunale di Torino, pubblicata in data 16 novembre 1999, che per la prima volta utilizza il termine *mobbing*, attribuendo rilevanza specifica alle vessazioni sul lavoro.

Più precisamente il fenomeno veniva ad essere identificato in una situazione in cui «*il dipendente è oggetto ripetuto di soprusi da parte dei superiori e, in particolare, vengono poste in essere nei suoi confronti pratiche dirette ad isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi ad espellerlo, pratiche il cui effetto è di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso e provocando catastrofe emotiva, depressione e talora persino suicidio*»[14]

Tale era la concezione che si consolidava nelle numerose pronunzie che seguivano a definizione di un intenso contenzioso promosso innanzi alla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il *mobbing* veniva quindi inteso come insieme di azioni con finalità persecutorie ripetute nel tempo che, sia pure singolarmente lecite, nel loro complesso si qualificavano illegittime, con caratteristiche di durata, ripetitività e di efficienza causale tali da incidere negativamente sulla sfera personale della vittima.

Elementi costitutivi della fattispecie si ponevano così l'elemento obiettivo, integrato da una pluralità continuata di comportamenti pregiudizievoli per la persona interni al rapporto di lavoro e quello soggettivo dell'intendimento persecutorio nei confronti della vittima[15].

---

13 Sul tema cfr. in termini generali E. GRAGNOLI, voce *Mobbing*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento vol II, UTET, Torino, 2003, p. 693 ss.. Per i primi approfondimenti giuridici sul fenomeno si veda C. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro. Situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 451 e P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro: una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 25. Con specifico riguardo al rischio psichico v. M. MISCIONE, I fastidi morali sul lavoro e il mobbing, in www.labourlawjournal.it.

14 Così la motivazione della sentenza che può leggersi in *Lav. Giur*, 2000, n. 4, p. 361 ss., con nota di R. Santoro.

15 In tal senso Cass. Civ., 21/05/2018, n. 12437; Cass. Civ., 10/11/2017, n. 26684.

Una configurazione che trovasi perfettamente rispecchiata nella definizione negativa pure emersa in sede giurisprudenziale, per cui «*non si ha mobbing in azienda nell'ipotesi in cui l'assenza di sistematicità, la scarsità degli episodi, il loro oggettivo rapportarsi alla vita di tutti i giorni all'interno dell'organizzazione produttiva escludono che i comportamenti lamentati possano essere considerati dolosi, presupposto indefettibile per rendere risarcibile un danno che secondo l'esperienza comune è imprevedibile con riferimento sia all'oggettività dei fatti ritenuti lesivi sia alla reattività del soggetto cui sono rivolti*»[16].

La mancanza di una frequenza idonea di azioni ostili intenzionalmente vessatorie veniva pertanto a costituire il limite della ravvisabilità del *mobbing* e della stessa ammissibilità di una tutela dell'integrità psichica del lavoratore che, nella ricorrenza di tale fattispecie, riconducibile ad una condotta qualificabile come atto illecito ascrivibile *ex* art. 2087 c.c. alla responsabilità contrattuale del datore e fonte di danno risarcibile, esauriva il suo ambito di operatività.

3. …lo *straining*

La limitazione, per quanto sofferta, a fatica viene superata, trovando sbocco la più ampia domanda di tutela avanzata in sede giudiziaria solo con la sentenza resa dal Tribunale di Bergamo il 21 aprile 2005[17], che ha dato rilievo ad altra figura mutuata dagli studi compiuti nell'ambito delle scienze mediche e psicosociali, lo *straining*[18], concepita come ipotesi più ridotta di *mobbing*, connotata dal porsi quale «*situazione di stress forzato sul posto di lavoro, in cui la vittima subisce almeno un'azione che ha come conseguenza un effetto negativo nell'ambiente di lavoro, azione che oltre ad essere stressante è caratterizzata anche da una durata costante*».

Si è così consolidata in giurisprudenza una nozione di *straining* in cui le azioni vessatorie che siano state scientemente attuate nei confronti di un dipendente possono essere poche e distanziate nel tempo o anche limitate ad una sola azione con effetti duraturi nel tempo[19], quali un trasferimento ingiustificato o un demansionamento, le quali, ancorché fatalisticamente non accomunate, possono risultare, se esaminate separatamente e distintamente, lesive dei fondamentali diritti del lavoratore, costituzionalmente tutelati.

16 Così Trib. Milano 20/05/2000, in *Orient. giur. lav.*, I, p. 958, nello stesso senso Cass., S.U., 4/05/2004, n. 8438.

17 La si legga in *Foro it.*, 2005, I, c. 3356.

18 Sul tema v. M.C. CIMAGLIA, voce *Straining*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento vol. IV, UTET, Torino, 2008, p. 900 ss.

19 Negli stessi termini si esprimerà poi la Corte di Cassazione nelle decisioni 10/07/2018, n. 18164 e 04/06/2019, n. 15159.

In quell'accezione tale ulteriore fattispecie ha trovato accoglimento in sede di legittimità a distanza di tempo con la sentenza 19 febbraio 2016, n. 3291[20], in cui l'accertata condotta nociva realizzata con un'azione unica ed isolata o comunque in più azioni viene qualificata *straining* «*che è pur sempre un comportamento che può produrre una situazione stressante, la quale a sua volta può anche causare gravi disturbi psico-somatici o anche psico-fisici o psichici*»[21].

E' palese il riconoscimento di tale fattispecie quale condotta illecita sulla quale fondare la responsabilità del datore e la risarcibilità del danno conseguente: si legge in motivazione «*l'esclusione del mobbing e del demansionamento non equivalgono ad esenzione di responsabilità, in considerazione di un danno biologico in relazione ad un disturbo dell'adattamento con ansia e umore depresso poi cronicizzato, a causa della situazione disagevole nella quale la dipendente è stata mandata ad operare*».

Ma nella stessa occasione la Corte di Cassazione va oltre, rilevando come le nozioni di *mobbing* e *straining* sono nozioni di tipo medico-legale, che non hanno autonoma rilevanza ai fini giuridici e servono soltanto per identificare comportamenti che si pongono in contrasto con l'art. 2087 c.c. e con la normativa in materia di tutela della salute negli ambienti di lavoro.

In sostanza si supera il riferimento a quelle nozioni affermando che «*ai fini giuridici, ciò che conta è l'accertata esistenza di una condotta intenzionale ingiuriosa (…) mossa da motivazione discriminante, da cui è nata una situazione di stress lavoro-correlata*» ed aggiungendo, a specificazione dell'ampiezza della nozione di condotta in contrasto con l'art. 2087 c.c., qualificato come "norma di chiusura" del sistema antinfortunistico, che il datore è tenuto ad astenersi «*da iniziative, scelte o comportamenti che possano ledere, già di per sé, la personalità morale del lavoratore, come l'adozione di condizioni di lavoro stressogene o non rispettose dei principi ergonomici, oltre ovviamente a comportamenti più gravi come mobbing, straining, burn out, molestie, stalking e così via*».

A tale stregua l'inadempimento del datore si identifica nell'inosservanza da parte del medesimo del dovere di evitare situazioni stressogene che diano origine ad una condizione che per caratteristiche, gravità, frustrazione personale o professionale, possa presuntivamente condurre ad un danno, anche in caso di mancata prova di un preciso intento persecutorio.

4. La traslazione della tutela dalla condotta al danno e ritorno

20 La si legga in *Labor*, 2016, n. 7. Ad essa hanno poi fatto seguito numerose pronunzie conformi, tra cui Cass. 29/03/2018, n. 7844, in *Giuricivile*, 2019, p. 1; Cass. 10/07/2018, n. 18164; Cass. 04/10/2019, n. 24883; e Cass. 23/05/2022, n. 16580. V. anche D. TAMBASCO, *La nuova vita dello straining, dal "mobbing attenuato" allo "stress forzato"*, in *Labor,* 29 maggio 2022 e Cass. 11/11/2022, n. 33428.

21 L'indirizzo si è venuto consolidando nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la cui evoluzione ha suscitato l'interesse della dottrina per la quale si veda V. FILÌ, *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 796, S. RENZI, *Lo straining e la progressiva enmersione giurisprudenziale dei suoi connotati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 575.

Con la recente sentenza n. 3692 del 7 febbraio 2023 la Corte di Cassazione compie un ulteriore passo in avanti.

Non solo la Corte ribadisce la valenza meramente sociologica delle nozioni di *mobbing* e di *straining* e lo loro irrilevanza ai fini giuridici, rispetto ai quali osserva, ancora sulla falsariga della sentenza n. 3291/2016, che ciò che conta è il configurarsi di una condotta datoriale che si riveli illegittima, anche soltanto a titolo di colpa, in quanto atta a consentire il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori.

Ma la stessa Corte si volge a ridefinire l'art. 2087 c.c., affermando il suo sostanziarsi in un obbligo generale di prevedere ogni possibile conseguenza negativa della mancanza di equilibrio tra organizzazione di lavoro e personale impiegato, derivandone la necessità di porre attenzione a tutti i comportamenti, anche in sé non illegittimi ma tali da poter indurre disagio o stress che si manifestano isolatamente o invece si connettono ad altri comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprire gli effetti e la gravità del pregiudizio, la salute e la personalità latamente intesi.

Nozione, questa, in relazione alla quale è evidente il porsi, quale potenziale fattore eziologico del rischio psichico, di qualsiasi condotta suscettibile di recare pregiudizio all'integrità psichica del lavoratore, così determinando l'irrilevanza della condotta quale presupposto della tutela risarcitoria.

Ne deriva il traslare del fulcro della tutela dalla condotta causativa del pregiudizio alla ricorrenza di questo.

Così è stata letta la pronunzia dai primi commentatori[22], giunti a desumere da ciò l'applicabilità della tutela ad ogni condizione generatrice di stress che si determini in seno all'organizzazione del lavoro apprestata dal datore[23] che sia tale da indurre un danno alla salute dei lavoratori e tradursi, pertanto, in violazione dell'art. 2087 c.c., con conseguente attenuazione dell'onere probatorio, essendo sufficiente la dimostrazione della ricorrenza di

22 Cfr. A. ROSIELLO-D. TAMBASCO, *Lo stress lavoro-correlato nella giurisprudenza di legittimità: nuovi sviluppi*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro,* maggio 2023; A. BIGHELLI, *Lo stress lavoro-correlato, il mobbing e lo straining: la Corte di Cassazione rinnova la contesa tra istituti*, in *il Giuslavorista*, 27 aprile 2023.

23 Volendo esemplificare può farsi riferimento alla tripartizione proposta da R. DEL VECCHIO, *Il danno da stress e usura psicofisica*, in P. BELLOCCHI-P. LAMBERTUCCI-A. MARESCA (a cura di), *I danni nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 301 ss. che ricollega i fattori eziologici suscettibili di emergere in seno all'organizzazione del lavoro alla dimensione quantitativa della prestazione (carichi e ritmi di lavoro oltre l'ordinaria tollerabilità, burn-out, inattività lavorativa o bore-out), alla dimensione qualitativa o alla posizione del lavoratore nel contesto lavorativo (mancanza di autonomia decisionale, mancanza di evoluzione e sviluppo di carriera, omissione delle informazioni necessarie allo svolgimento del lavoro, isolamento, demansionamento) ai fattori inerenti ai rapporti interpersonali (persecuzioni lavorative, vessazioni, violenze, molestie, discriminazioni.

situazioni stressogene nell'ambiente lavorativo organizzato dal datore e non dell'assunzione da parte del medesimo di condotte da qualificarsi illegittime.

Ma è la stessa Corte di Cassazione ad affermare che non tutte le manifestazioni di stress vanno considerate come causate dal lavoro stesso, mentre precisa che la tutela dell'integrità psichica del lavoratore è apprestata «*lungo la falsariga della responsabilità colposa del datore di lavoro che indebitamente tolleri l'esistenza di una condizione di lavoro lesi va della salute, cioè nociva, ancora secondo il paradigma di cui all'art. 2087 c.c.*».

Il convincimento è confermato *a contrario* dalla precisazione per cui la responsabilità del datore deve escludersi laddove il pregiudizio derivi dalla qualità intrinsecamente ed inevitabilmente pericolosa o usurante della ordinaria prestazione lavorativa[24] o si concreti in disagio o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità come tali non risarcibili[25] o sia indotto da dinamiche psicologico relazionali comuni in un contesto organizzativo e gerarchico[26].

Anche quando la Corte si volge a considerare quale fattore stressogeno la «*costrittività organizzativa*» si giunge ad affermare che se questa può eventualmente costituire fondamento per la tutela assicurativa pubblica, rilevando ai fini della tutela contro le malattie professionali, non è in sé causa di responsabilità datoriale, se non si ravvisino gli estremi della colpa comunque insiti nel disposto dell'art. 2087 c.c.

Il che conferma come la Corte abbia inteso dare rilievo alla «*costrittività organizzativa*» non sotto il profilo dell'effetto generativo del pregiudizio psichico del lavoratore ma sotto il diverso profilo dell'illegittimità della condotta da cui è derivato il pregiudizio, considerandola comunque diversa e meno ampia della figura dello stress lavoro-correlato derivando da una patologia dell'organizzazione del lavoro per incongruenza delle relative scelte.

Ciò che rileva ai fini della tutela del rischio a quella connesso sono, infatti, le condizioni specifiche e particolari dell'attività e dell'organizzazione del lavoro quando queste si ricollegano a situazioni di incongruenza delle scelte in ambito organizzativo, risultandone esclusi i fattori organizzativi gestionali legati al normale svolgimento del rapporto di lavoro e le situazioni indotte dalle dinamiche psicologico-relazionali comuni sia agli ambienti del lavoro che a quelli di vita.

Sta di fatto che la sentenza non smentisce l'inscriversi della tutela dell'integrità psichica del lavoratore nello schema giuridico della responsabilità contrattuale, che ha a presupposto il comportamento inadempiente del soggetto onerato dell'obbligo.

---

24 Cfr. Cass. 29/012013, n. 3028 e Cass. 25/01/2021, n. 1509.

25 Cfr. Cass., S.U., 11/11/2008, n. 26972; Cass., S.U., 22/02/2010, n. 4063.

26 Cfr. ancora Cass. 29/01/2013, n. 3028.

Vi si legge infatti che è comunque configurabile la responsabilità datoriale a fronte di un mero inadempimento – imputabile anche solo per colpa – che si ponga in nesso causale con un danno alla salute del dipendente e ciò secondo le regole generali sugli obblighi risarcitori conseguenti a responsabilità contrattuale[27].

27 In dottrina v. E. MENEGATTI, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 972.

RIVENDICAZIONI SINDACALI E NUOVI DIRITTI: L'ART. 28 ST. LAV. ALLA PROVA DEL *PLATFORM WORK*.

Andrea Sgroi *

Abstract [It]: Il presente contributo esamina due decreti del Tribunale di Palermo, adottati a conclusione di altrettanti procedimenti per la repressione della condotta antisindacale (art. 28 St. lav.), promossi da organizzazioni sindacali rappresentative dei ciclofattorini. Si tratta, per quanto consta, delle prime pronunce riguardanti l'obbligo del committente di informare i sindacati sulla natura ed il funzionamento dei sistemi automatizzati. Sul punto, la distanza temporale tra le due decisioni offre l'occasione per riflettere sulle novità introdotte dall'art. 26 del d.l. 4 maggio 2023, n. 48. Anche le motivazioni in materia di riconoscimento di RSA e RLS rivestono particolare interesse, poiché rivelano i limiti della disciplina vigente e la necessità di un'interpretazione evolutiva delle disposizioni statutarie, a tutela dei lavoratori della "gig economy". Infine, seguendo l'itinerario ermeneutico del secondo giudice, verrà vagliata la compatibilità tra il rimedio dell'astreinte e il procedimento per la repressione della condotta antisindacale.

Abstract [En]: This article examines two judgments of the Court of Palermo, issued at the end of two proceedings for the repression of anti-union behavior brought by trade unions representing riders. As far as is known, these are the first rulings on the obligation of the employer to inform the trade unions of the nature and operation of automated systems. On this point, the time gap between the two decisions provides an opportunity to reflect on the changes introduced by Article 26 of Legislative Decree No. 48 of 4 May 2023. The reasons for the recognition of RSAs and RLSs are also of particular interest, as they reveal the limits of the current discipline and the need for an evolutionary interpretation of the legal provisions for the protection of workers in the "gig economy". Finally, following the hermeneutic path of the second judge, the compatibility between the remedy of "astreinte" and the procedure of repression of anti-union behavior is examined.

Nota a Tribunale di Palermo, sez. lav., decreto, 31.3.2023 – Giud. BRUNO – NIDIL CGIL Palermo, FILCAMS CGIL Palermo, FILT CGIL Palermo c. U. s.r.l.

Parole chiave: *condotta antisindacale; riders; rito sommario; qualificazione del rapporto di lavoro; subordinazione; eterorganizzazione; sistemi automatizzati; algoritmo; informazioni; RLS; elezioni; art. 9 St. lav.; RSA; trattative.*

La natura sommaria del procedimento ex art. 28 St. lav. non preclude l'accertamento incidentale sulla natura del rapporto di lavoro, stante il carattere bifasico del rito, che contempla una seconda fase a cognizione piena. È antisindacale la condotta tenuta dalla società committente che rifiuti di comunicare alle OO.SS. comparativamente più rappresentative le informazioni di cui all'art. 1 bis del d.lgs 152/1997. Non costituisce una violazione dell'art. 28 St. lav. la condotta della società committente che non riconosca il RSA, nominato da OO.SS. che non abbiano partecipato alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo applicabile dalla società committente. Non rappresenta un pregiudizio all'attività

sindacale il mancato riconoscimento del RLS che non sia nominato secondo le modalità previste dall' dall'art. 47 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 o, in ogni caso, eletto con procedura inoppugnabile dal punto di vista formale. L'art. 9 St. lav., disposizione non abrogata tacitamente, rivolge alle sole RSA il diritto di controllare l'applicazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro. (Massima a cura dell'A.)

e

Nota a Tribunale di Palermo, sez. lav., decreto, 20.6.2023 – Giud. MARINO - NIDIL CGIL Palermo, FILCAMS CGIL Palermo, FILT CGIL Palermo c. F. s.r.l.

Parole chiave: *condotta antisindacale; riders; qualificazione del rapporto di lavoro; subordinazione; eterorganizzazione; informazioni; d.l. 48/2023; sistemi "integralmente" automatizzati; algoritmo; astreinte.*

È antisindacale la condotta della società committente che rifiuti di comunicare alle OO.SS. comparativamente più rappresentative le informazioni, di cui all'art. 1 bis del d.lgs 152/1997, come novellato dall'art. 26 del d.l. 48/2023, eccezion fatta per quelle coperte da segreto industriale e commerciale, nel caso in cui la società utilizzi sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati, ovverosia che non contemplino l'intervento umano nella fase finale del procedimento algoritmico. Le misure di coercizione indiretta di cui all'art. 416 bis c.p.c. sono applicabili al procedimento per la repressione della condotta antisindacale, poiché l'esclusione prevista dall'ultimo comma secondo periodo di tale disposizione concerne esclusivamente le controversie individuali di lavoro. (Massima a cura dell'A.).

SOMMARIO: 1. I due giudizi. - **2.** Ancora sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei riders. - **3.** Obblighi di informazione e sindacato: un 'prima' e un 'dopo' il decreto lavoro? - **4.** Sulle rappresentanze dei lavoratori delle piattaforme. - **5.** Astreinte e Art. 28 St. lav.

1. I due giudizi.

Con i provvedimenti in epigrafe, il Tribunale di Palermo si è pronunciato su due ricorsi *ex* art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300 (St. lav.), proposti ambedue da tre organizzazioni locali appartenenti a federazioni della Cgil (da ora anche OO.SS), ai fini dell'accertamento e della repressione delle condotte antisindacali tenute da due diverse società del *food delivery*, che esercitano la propria attività di intermediazione (anche) nella città di Palermo.

Nel primo ricorso, le OO.SS. ricorrenti lamentavano un pregiudizio all'esercizio dell'attività sindacale, con riferimento ad una pluralità di condotte di parte avversa. Anzitutto, veniva censurato il disconoscimento del Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS), la cui elezione era avvenuta mesi prima, su scala locale, mediante lo svolgimento di consultazioni organizzate in autonomia, presso un luogo di concentrazione dei ciclofattorini palermitani. Inoltre, le ricorrenti contestavano la mancata comunicazione, agli stessi organismi locali del sindacato confederale, delle informazioni previste dall'art. 1 *bis* del d.lgs. 26 maggio 1997, n.

152[1], già richieste in via extragiudiziale. Infine, si lamentava il mancato riconoscimento del Rappresentante Sindacale Aziendale, nominato da una delle OO.SS. Al fine di rimuovere gli impedimenti all'esercizio dell'attività sindacale derivanti da tali condotte, le OO.SS. ricorrenti chiedevano al giudice di ordinare alla società convenuta il riconoscimento del RSA e del RSL e, conseguentemente, disporre ogni provvedimento necessario all'effettivo esercizio delle prerogative derivanti da tali incarichi. Infine, le parti attrici domandavano al Tribunale di Palermo di ordinare alla controparte la comunicazione delle informazioni, di cui al decreto succitato.

Costituitasi in giudizio, la società committente deduceva l'inammissibilità del procedimento sommario *ex* art. 28 St. lav. In particolare, si asseriva che il procedimento per la repressione della condotta antisindacale sia azionabile esclusivamente nell'area del lavoro subordinato, contestando che i rapporti di lavoro tra di essa e i *riders* fossero riconducibili a tale tipologia. Nel merito, la resistente contestava la fondatezza delle prospettazioni di parte avversa.

Respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, il giudice ha riconosciuto il diritto di una delle organizzazioni ricorrenti al rilascio delle informazioni richieste, reputando gli altri due attori non legittimati a proporre l'azione. Di contro, sono state respinte *in toto* le domande relative al riconoscimento delle rappresentanze sindacali.

Meno articolato era il *thema decidendum* della seconda lite, dovendo il giudice pronunciarsi esclusivamente sull'obbligo del committente di fornire al sindacato le informazioni previste dall' art. 1 *bis* del d.lgs. n. 152/1997, oltreché sull'eventuale applicazione del rimedio *ex* art. 614 *bis* c.p.c. Tuttavia, in quest'ultimo caso, la questione giuridica sottesa alla domanda aveva acquisito una maggiore complessità, tanto per il sopravvenire di una novella legislativa, l'art. 26 del d.l. 4 maggio 2023, n. 47 (cd. decreto lavoro)[2], quanto perché la società convenuta, a seguito della proposizione del ricorso, aveva fornito al sindacato un prospetto informativo[3].

La convenuta, oltre all'usitata eccezione di inammissibilità del procedimento, in virtù della qualificazione del rapporto di lavoro dei ciclofattorini, eccepiva l'incompetenza per territorio del Tribunale di Palermo[4], la carenza di legittimazione passiva delle organizzazioni ricorrenti (per mancanza del requisito della maggiore rappresentatività) e, in ogni caso, la non esperibilità del procedimento previsto dall'art. 28 cit., in assenza di condotte tese a negare il

---

1 * *Dottorando di ricerca in diritto del lavoro presso l'Università degli studi di Palermo.*

Come novellato dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. Il decreto 104, rubricato «Attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea», introduce alcuni obblighi di informazione sul rapporto di lavoro, nonché una serie di ulteriori misure a tutela dei lavoratori.

2 Convertito in legge 3 luglio 2023, n. 85, posteriormente alla conclusione del giudizio.

3 Di entrambi gli aspetti si darà conto nel prosieguo della trattazione.

4 Il giudice ha trattenuto la controversia, richiamando un solido orientamento del giudice di cassazione, secondo cui la competenza territoriale, nello speciale procedimento previsto dallo Statuto, non si radica nel luogo in cui la condotta lesiva è stata deliberata, bensì in quello ove si sono verificati i suoi effetti (*ex plurimis*, v. Cass. civ., sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8938, in *CED Cass*., 2011). Per un'ampia disamina, v. C. DE MARCO, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, tra storia e attualità*, ESI, Napoli, 2019, p. 149 ss.

conflitto sindacale, da parte della società resistente[5]. Nel merito, la società convenuta asseriva che le ricorrenti non fossero legittimate a ricevere le informazioni richieste, per diversi ordini di ragioni; anzitutto, perché prive del requisito della comparata maggiore rappresentatività. In secondo luogo, si eccepiva che la comunicazione del prospetto informativo alle OO.SS avesse determinato il venir meno della materia del contendere[6]. Infine, la società escludeva la sussistenza di detto obbligo, con riferimento ai sistemi protetti da segreto industriale o commerciale e a quelli non integralmente automatizzati[7].

Respinta ogni eccezione, anche in questo caso il Tribunale di Palermo ha accertato la natura antisindacale della condotta e riconosciuto il diritto delle OO.SS. a ricevere le informazioni previste dal d.lgs. 104/2022. Conseguentemente, il giudice ha condannato la società a integrare quelle preventivamente fornite. Sul piano dei rimedi, inoltre, il giudice ha disposto l'applicazione di una misura di coercizione indiretta *ex* art. 614 *bis* cpc, come richiesto dal sindacato.

Le due pronunce rappresentano un momento significativo nel percorso di insinuazione dei sindacati confederali nel mondo dei lavoratori su piattaforma[8], contribuendo a fare chiarezza sugli strumenti di cui le stesse possono disporre, nell'elaborazione delle proprie azioni rivendicative a tutela dei lavoratori della *gig economy*.

2. Ancora sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei riders.

Eterogeneo è l'approccio delle due decisioni nell'affrontare il problema della qualificazione del rapporto di lavoro dei ciclofattorini.

Per quanto riguarda la prima controversia, il giudice si è pronunciato sull'eccezione di inammissibilità del ricorso, articolando il proprio ragionamento logico-giuridico in due

5 In breve, si sosteneva l'esistenza di una trattativa tra la società e le OO.SS a livello nazionale e l'idoneità di quest'ultima a far venir meno i presupposti per l'applicabilità dell'art. 28 St. lav. Anche tale eccezione è rigettata. Del resto, dopo l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, non è stata più revocata in dubbio la natura oggettiva della condotta sanzionata dalla disposizione statutaria (Cass. civ., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Foro It.*, 1997). Affinché il comportamento datoriale possa essere considerato antisindacale, è sufficiente che venga compromesso un diritto attribuito al sindacato, dalla legge o dalla contrattazione collettiva, a prescindere dall'effettiva volontà del datore di lavoro e dall'astratta liceità della condotta da questi messi in atto (*Ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 22 aprile 2004, n. 7706, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 474); v. M. PAPALEONI, *Art. 28*, in R. DE LUCA TAMAJO - O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Milano, 2013, p. 28 ss.

6 In udienza di prima comparizione, quest'ultimo era stato ritenuto dalle organizzazioni sindacali non satisfattivo della pretesa alle informazioni previste dall' art. 1 *bis* cit.

7 Per completezza, si precisa che, nel secondo giudizio, la società aveva chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, per violazione dell'art. 76 Cost. (eccesso di delega). La questione è stata ritenuta irrilevante e manifestamente infondata dal giudice. Sul punto, v. M.T. CARINCI - S. GIUDICI - P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2022, 6, p. 11.

8 Sulla partecipazione dei sindacati confederali alle rivendicazioni del lavoro su piattaforma, v. A. ALOISI - V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 181 ss.

'momenti'. Anzitutto, la decisione si focalizza sull'individuazione del tipo contrattuale al quale ricondurre i rapporti di lavoro intercorrenti tra la società convenuta e i ciclofattorini[9]. In seguito, il giudice ha verificato se, alla luce della qualificazione giuridica attribuita ai rapporti di lavoro dei *riders* della nota piattaforma di intermediazione, gli organismi locali di associazioni sindacali nazionali, deputati a rappresentare gli interessi degli operatori del *food delivery*, potessero 'beneficiare' del rito sommario *ex* art. 28 St. lav.

In effetti, il tema della legittimazione a ricorrere alla tutela di cui all'art. 28 St. lav., da parte delle organizzazioni sindacali rappresentative dei ciclofattorini, rappresenta il corollario di una questione di più ampia portata. Si fa riferimento alla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei *riders* e della disciplina ad esso applicabile, sulla scorta dell'art. 2 d. lgs. n. 81/2015.

La disposizione in commento ha sancito, a far data dal primo gennaio 2016, l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato «*anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente*»[10]; inoltre, è precisato che l'estensione del campo d'applicazione della tutela 'più forte' riguardi anche i rapporti di lavoro in cui le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali[11].

Sulla natura della fattispecie descritta dall'art. 2 cit., le proposte interpretative, avanzate dalla dottrina, sia pure con una grande varietà di "sfumature", si snodano all'interno di un "perimetro" segnato dai due estremi[12].

---

9 Secondo l'organo giudicante, la natura sommaria del rito in questione non preclude l'accertamento incidentale sulla natura del rapporto, stante il carattere bifasico del procedimento, che contempla una seconda fase a cognizione piena.

10 Prima delle modifiche apportate dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, conv. nella l. 2 novembre 2019, n. 128, l'estensione si applicava alle collaborazioni di natura "esclusivamente" personale, allorquando l'organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione, ad opera del committente, avesse luogo anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

11 I cc. 2 e 4 dell'art. 2 cit. indicano le fattispecie di lavoro etero organizzato escluse dal campo d'applicazione della nuova disciplina.

12 Il dibattito sul tema ha prodotto, in pochissimi anni, una letteratura cospicua. Senza pretese di esaustività, v. C. DE MARCO - A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *Dir. merc. lav.*, 2021, 1, p. 1; G. SANTORO PASSARELLI, *Ricerche trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 2, p. 417 ss.; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2015, 2, p. 167; C. GARBUIO, *L'inquadramento giuridico dei riders entro l'alveo dell'art. 2 d.leg n. 81/2015 e prime letture giurisprudenziali della etero-organizzazione*, in *Ricerche giuridiche*, 2019, 2, p. 151; P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, p. 548 ss.; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav*, 2015, 6, p. 117 ss.; A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 267; M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 113; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni eteroorganizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 345; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 111.

Secondo un certo orientamento, la disposizione sarebbe meramente riproduttiva del contenuto dell'art. 2094 c.c., sicché la sua *ratio* sarebbe di tipo antielusivo e l'effetto giuridico soltanto apparente. In altri termini, «malgrado la sua formulazione in termini precettivi», l'art. 2 sarebbe privo «di efficacia propriamente normativa», risolvendosi al più in un intervento volto a preservare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, «improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro»[13].

Secondo altri autori, la novella avrebbe esteso le tutele del lavoro subordinato a una forma di lavoro autonomo (parasubordinato), sia pur caratterizzato da un «coordinamento relativo all'esecuzione della prestazione» che «assume contorni più pregnanti rispetto alle collaborazioni coordinate e continuative»[14].

Da un'altra prospettiva, è dibattuto se la disposizione introdotta dal *Jobs Act* configuri una nuova fattispecie o, piuttosto, una forma di "tutela per disciplina"[15]. In quest'ultima ipotesi, che inquadra la nuova normativa esclusivamente sul piano degli effetti, l'espansione *ex lege* delle tutele del lavoro subordinato farebbe salva la necessità di definire la fattispecie astratta ai fini dell'individuazione del regime applicabile[16].

A fronte di un dibattito scientifico divergente, le prime decisioni di merito avevano escluso che il rapporto di lavoro dei ciclofattorini ricadesse nell'area dell'art. 2094 c.c., talché l'individuazione della disciplina applicabile era dipesa dagli effetti attribuiti alla novella legislativa[17].

In tale contesto, il giudice di legittimità ha optato per un approccio di natura 'rimediale'.

Chiamata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione dell'art. 2 cit., la Corte di Cassazione ha affermato che, fatto salvo il potere del giudice di qualificare il rapporto di lavoro alla luce della "fattispecie in concreto"[18], «non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha

13 P. TOSI, *op. cit.*, p. 122.

14 C. DE MARCO - A. GARILLI, *op. ult. cit.*, p. 10.

15 Per un'ampia disamina, v. L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, p. 265.

16 In questo senso, v. DEL PUNTA R., *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, p. 358 ss.

17 Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in *Lavoro e giur.*, 2018, 7, p. 721, con nota di G.A. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, che esclude l'applicabilità dell'art. 2 cit., reputandolo 'norma apparente', Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *Labor*, con nota di M. TURRIN, *Dopo il Tribunale di Torino, anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*. Di contrario avviso, Corte d'Appello di Torino, 4 febbraio 2019, in *Lavoro e giur.*, 2019, 4, p. 398, con nota di G.A. RECCHIA, *Contrordine! I riders sono collaboratori eterorganizzati*.

18 A. BELLAVISTA, *Riders e subordinazione: a proposito di una recente sentenza*, in *lavorodirittieuropa*, 2022, 2, p. 3.

statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina»[19].

Richiamando tale indirizzo, la giurisprudenza di merito successiva alla pronuncia della Suprema Corte non rinuncerà ad interrogarsi sulla definizione del tipo contrattuale dedotto in giudizio[20].

Anche la prima decisione in commento, pur menzionando l'orientamento della Cassazione, non aggira il problema della natura della prestazione di lavoro resa dai ciclofattorini. Il giudice *de quo* ha escluso che quest'ultima rientri nel campo della subordinazione o della mera autonomia, reputando che *l'etero-organizzazione nella fase di esecuzione del rapporto* consenta di ricondurre i *rapporti tra committente e riders alla fattispecie astratta di cui all'art. 2 comma 1, del D. Lgs. n. 81 del 2015*.

Diverso è il ragionamento iscritto nel secondo decreto, ove l'attività qualificatoria del giudice si è limitata all'esclusione della piena autonomia, senza una chiara opzione tra subordinazione ed etero organizzazione[21].

La necessità di affrontare la questione della qualificazione del rapporto si spiega, giocoforza, con l'incertezza relativa alla portata della disposizione sulle collaborazioni eterorganizzate, in merito all'estensione delle tutele del lavoro subordinato; problema menzionato, ma non risolto dalla Corte di Cassazione[22].

Allora, è da chiedersi se quest'ultima norma estenda alle collaborazioni eterorganizzate tutta la disciplina protettiva del lavoro subordinato o, piuttosto, soltanto quelle disposizioni con esso compatibili e se, tra queste ultime, figuri il rito sommario *ex* art. 28 St. lav.[23].

Sul punto, il Tribunale di Palermo si è avvalso di alcune precedenti decisioni di merito, da cui è possibile ricavare valide argomentazioni sulla compatibilità tra art. 28 St. lav. e rapporto di lavoro etero organizzato. Anzitutto, come già rilevato in letteratura[24], un'applicazione

---

19 Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, par. 25, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2020, p. 499, con nota di G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*.

20 Celebre è Trib. Palermo 24 novembre 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, p. 241, con nota di A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una "pedalata" verso la subordinazione*, trattandosi della prima sentenza a qualificare come subordinato il rapporto di lavoro dei ciclofattorini. Si veda anche Trib. Torino 18.11.2021, in *Labor*, 2022, con nota di C. DE MARCO – A. GARILLI, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*.

21 Il giudice richiama alcuni precedenti del Trib. Palermo e, in particolare, la prima delle sentenze in commento, nonché Trib. Palermo, 12 aprile 2021, n. 740, in *osservatoriodiscriminazioni*, 2021.

22 Cass. civ., n. 1663 cit., par. 41, secondo cui «Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c., ma si tratta di questione non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte».

23 Secondo, Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, n. 2425, in *lavorodirittieuropa*, 2021, l'applicabilità del rimedio sarebbe da escludere poiché il rinvio operato dall'art. 2 cit. opererebbe nei confronti dei singoli prestatori etero organizzati e non, invece, a favore delle loro organizzazioni esponenziali, preposte alla tutela di interessi collettivi.

24 C. DE MARCO, *op. ult. cit.*, p. 134.

selettiva della disciplina del lavoro subordinato alla fattispecie dell'etero organizzazione non è ricavabile dall'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, né è auspicabile, per la sua idoneità a introdurre incertezza e arbitrarietà nel sistema[25]. D'altra parte, quand'anche si ritenesse che l'estensione del campo di applicazione delle norme su lavoro subordinato non riguardi anche i rimedi, «l'art. 28 non è una norma meramente processuale»[26], quantomeno nella parte in cui definisce la condotta antisindacale. Partendo da tale considerazione e avvalendosi della teoria dei diritti individuali ad esercizio collettivo[27], altre pronunce hanno chiarito che, in assenza di specifiche restrizioni, la tutela offerta dall'art. 2 cit. copra anche la dimensione collettiva dei beni giuridici protetti dall'art. 28 St. lav.[28].

Oltre alle diverse motivazioni a sostegno dell'ammissibilità del rito sommario in questione, fatte proprie dai giudici di Palermo, occorre aggiungere che, sul piano sistematico, l'applicabilità dell'art. 28 pare essere confermata dall' art. 47 *quinquies*, c.1 del novellato d.lgs. 81/2015. Invero, quest'ultima disposizione estende ai lavoratori su piattaforma non etero organizzati[29] tanto la "disciplina antidiscriminatoria", quanto una non meglio precisata normativa a tutela della "libertà e dignità prevista per i lavoratori subordinati compreso l'accesso alla piattaforma". Allora, si dovrebbe concludere che l'ampliamento delle garanzie del lavoro *gig*, voluto dal legislatore, coinvolga anche l'art. 28 St. lav., in quanto rimedio finalizzato a tutelare proprio la libertà e la dignità dei lavoratori[30]. Poiché tale previsione riguarda quei lavoratori su piattaforma che non sono soggetti al potere organizzativo di controparte e, pertanto, non godono della più ampia protezione prevista dall'art. 2 del d.lgs. 81/2015, *a fortiori*, la tutela *ex* art. 28 St. lav. dovrebbe reputarsi estesa agli etero-organizzati.

3. Obblighi di informazione e sindacato: un 'prima' e un 'dopo' il decreto lavoro?

Nei due decreti, l'accertamento dell'obbligo di fornire le informazioni, previste dall' art. 1 *bis* d.lgs. 152/1997, segue a *iter* argomentativi diversi tra loro, sia perché le condotte delle convenute erano in parte differenti, sia a causa dell'evoluzione del quadro normativo[31].

---

25 Trib. Milano, 28 marzo 2021, n. 889, in *Labor*, 2021.

26 La posizione espressa dal giudice di Palermo è largamente maggioritaria in dottrina. *Contra*, v. L. MARIUCCI, *Le libertà individuali e collettive dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 30, 2011, p. 39; L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori,* in AA.VV (a cura di), *L'applicazione dello Statuto dei Lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 1973, p. 19.

27 Su tale nozione, v. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p. 237.

28 Trib. Bologna, 30 giugno 2021, n. 2170, in *rivistalabor*; Trib. Firenze, 23 novembre 2021, n. 781, in *dirittoantidiscriminatorio.*

29 I quali non beneficiano delle più ampie tutele previste dall'art. 2 cit.

30 C. DE MARCO, A. GARILLI, *op. ult. cit.*, nota n. 68.

31 Altresì, sono divergenti le conclusioni dei due giudicanti, in merito alla legittimazione a ricevere le informazioni. Il primo giudice ha ritenuto che soltanto una delle sigle sindacali possedesse il requisito della comparata maggiore rappresentatività, prescritto dall'art. 1 *bis*, c. 6 d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, ai fini dell'individuazione delle organizzazioni sindacali deputate a ricevere le informazioni sui sistemi di monitoraggio automatizzati, in assenza di RSA o RSU. Di contro, nel secondo decreto tutte le OO.SS. ricorrenti sono reputate legittimate a richiedere la già menzionata comunicazione. Sul requisito della maggiore rappresentatività comparata, v. A. GARILLI, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il*

L'art. 1 *bis* d.lgs. 152/1997, inserito ad opera dell'art. 4, lett. b), del d.lgs. 104/2022, in attuazione della cd. Direttiva Trasparenza[32], ha introdotto nell'ordinamento l'obbligo, in capo al datore di lavoro o al committente, di informare il lavoratore «*dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori*» (c. primo), fermo quanto disposto dall'art. 4 St. Lav.[33]. Alla previsione degli obblighi informativi, ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del medesimo decreto, non corrisponde esclusivamente un diritto individuale nel lavoratore, ma anche una prerogativa di natura sindacale. Invero, tra i destinatari degli obblighi di comunicare le informazioni, l'art. 1 *bis*, c. 6 annovera altresì RSA, RSU oppure, in assenza delle già menzionate rappresentanze, le sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Come è precisato nel primo decreto, il comma sesto attribuisce al sindacato un diritto autonomo all'informazione, da esercitare «in aggiunta e non in alternativa rispetto all'eventuale previo rilascio al lavoratore».

Tale conclusione, a cui si perviene mediante una interpretazione letterale dell'articolato[34], è coerente con la *ratio* dell'art. 1 *bis*, c. 6. In effetti, assegnando ai sindacati una funzione di controllo, la norma incide su alcune delle maggiori esternalità che derivano dal concretizzarsi dell'economia delle piattaforme; si tratta, anzitutto, dell'ingigantimento «del processo di privatizzazione del bene oggi più rilevante nei processi di accumulazione: l'informazione»[35].

---

dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali, in *temilavoro*, 2014, 6, I, p. 1 ss.; P. TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, p. 1 ss.; G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV. (a cura di), *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del 12° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 240.

32 V., *supra*, nota 1.

33 L'adempimento di tali obblighi informativi si estrinseca, ai sensi del c. secondo, nel ragguaglio sugli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide il sistema automatizzato, oltreché scopi, logica, finalità e funzionamento di tali sistemi (c. 2 lett.re a, b, c). Inoltre, il dovere di informazione ha per oggetto: «*d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi di cui al comma 1, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi di cui al comma 1 e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse*». Ancora, il c. 4 prevede una serie di adempimenti relativi al corretto trattamento dei dati personali del lavoratori, che si risolvono in una integrazione costante dell'informativa, oltreché nell'elaborazione di un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, in conformità alle disposizione del Regolamento (UE) 2016/679, «*relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE*».

34 In particolare, dall'utilizzo dalla congiunzione coordinante "anche".

35 D. GUARASCIO, *Mansioni, competenze e rapporti di produzione nell'economia delle piattaforme*, in *Riv. giur. lav.*, Quaderno, 2, 2017, cit., p. 42; per un'analisi sociologica del rapporto tra capitalismo digitale e informazioni, v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza, il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss, Roma, 2019, p. 491 ss.

Inoltre, a giustificare una vigilanza costante delle parti sociali è la capacità dei sistemi automatizzati di influire sull'organizzazione del lavoro in maniera più invasiva rispetto a quelli tradizionali[36] e, soprattutto, di produrre discriminazioni in danno ai lavoratori[37]. Considerato che i rischi connaturati all'organizzazione del lavoro mediante algoritmi si celano dietro processi di codificazione spesso opachi e complessi[38], l'intellegibilità delle logiche di funzionamento di tali sistemi rappresenta il presupposto per qualsiasi intervento dell'autonomia collettiva sui "contenuti" dei sistemi automatizzati[39], sicché la pretesa dei sindacati a conoscerne le caratteristiche non può che avere autonoma rilevanza rispetto a quella del singolo lavoratore[40].

Apprezzata la natura della pretesa delle OO.SS e constatato l'espresso rifiuto della società convenuta di fornire le informazioni richieste, il primo giudice ha accertato il mancato adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 1 *bis*, c. 6, del d.lgs. 152/1997, verificando quali di queste informazioni non fossero già ricavabili dalle deduzioni e dai documenti allegati[41].

Quanto alla seconda controversia, l'evoluzione della disciplina e il contegno della società resistente hanno imposto al giudice di valutare l'antisindacalità della condotta "in due momenti distinti".

---

36 D. IODICE, *Il d.lgs. n. 104/2022 nella prospettiva del diritto sindacale. Quale futuro per le relazioni industriali?*, in *Adapt*, 2023, 1, p. 11; E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro, le decisioni automatiche e i loro limiti. La regolazione di fenomeni incomprensibili*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, Franco Angeli, Milano, 2022, p. 461 ss. Tale ingerenza, comune anche ad altre occupazioni coinvolte nei processi di digitalizzazione, non si limita ad influenzare le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ma comporta anche una «dilatazione degli spazi temporali entro i quali persiste l'assoggettamento ai poteri datoriali»; sul punto, v. S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *federalismi*, 2022, 19, p. 174.

37 Si rinvia a C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI - M. BARBERA- L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 663 ss. Generalizzando, si potrebbe dire che la discriminazione algoritimica è il riflesso delle scelte operate a monte, in sede di sviluppo dello stesso e, segnatamente, nella scelta del *set* di dati a cui questi può "accedere"; sul punto, v. M. VALERI, *Decisioni automatizzate, quale difesa da chi ci discrimina via algoritmi*, in *agendadigitale.eu*, 2018.

38 L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 446, 2021, p. 101.

39 «*Collective agreements could address the use of digital technology, data collection and algorithms that direct and discipline the workforce, ensuring transparency, social sustainability and compliance with these practices with regulation*»; V. DE STEFANO, *"Negotiating the algorithm": Automation, artificial intelligence and labour protection*, W.P. N. 246, 2018, ILO, Geneva, p. 21; v. anche G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 1, p. 30.

40 Del resto, «poiché essere informati implica ascoltare, e non si può ascoltare senza esprimere un parere, le procedure di informazione del sindacato implicano anche una consultazione»; v., L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il mulino, Bologna, 1985, cit., p. 326.

41 Secondo l'insegnamento della Suprema corte, l'inottemperanza del datore di lavoro all'obbligo di informazione, previsto dalla legge o dal contratto collettivo, costituisce di per sé condotta antisindacale ex art. 28 St. lav.; v. Cass. civ., sez. lav., 17 aprile 2004, n. 7347, in *Guida dir.*, 2004, 21, p. 91.

Nella specie, il giudicante ha ritenuto in contrasto con l'art. 28 St. lav. il comportamento adottato dalla società, anteriormente all'istaurazione del giudizio sommario. Invero, attesa la sussistenza dell'obbligo previsto dal già citato art. 1, c.6, «una condotta del tutto silente ed omissiva della società committente va valutata come di rifiuto».

Successivamente, la decisione entra nel merito della situazione giuridica posteriore al deposito del ricorso, interrogandosi anzitutto sulle novità previste dall'art. 26 del d.l. 4 maggio 2023, n. 48 (cd. decreto lavoro)[42], e sulla loro idoneità a determinare il venir meno dell'obbligo informativo in capo alla convenuta.

Il d.l. 48/2023 ha introdotto degli accorgimenti che mirano a restringere il campo d'applicazione degli obblighi previsti dall'art. 1 *bis* del d.lgs. 152/1997. In primo luogo, la novella ha previsto che il dovere di informare il lavoratore (e, di conseguenza, i sindacati) riguardi esclusivamente il datore o committente che adotti sistemi decisionali o di monitoraggio "integralmente" automatizzati. Inoltre, il nuovo art. 1 *bis*, c. 8 statuisce che i già menzionati obblighi informativi non si applichino ai sistemi protetti da «segreto industriale o commerciale».

Sulla definizione della "portata" della nuova disposizione, il giudice ha optato per una interpretazione di natura sistematica, coordinando l'art. 1 *bis* cit. con le fonti euro unitarie e, in particolare, il Reg. UE/2016/679 (da ora in poi, GPDR), quest'ultimo improntato a un più generale obiettivo di trasparenza sull'utilizzo dei dati personali[43].

In primo luogo, la decisione reca un confronto tra il contenuto dell'art. 1 *bis* cit. e il combinato disposto degli artt. 13 e 14 GDPR[44]. In merito alla sovrapponibilità tra le norme appena menzionate, il giudice ha aderito all'interpretazione fornita dal Garante della Privacy[45], secondo il quale l'art. 1 *bis* non si limita a specificare il contenuto degli obblighi previsti dall'ordinamento europeo, bensì prevede ulteriori prescrizioni a carico del datore di lavoro[46]. Allora, quantomeno con riferimento ai doveri di comunicazione già previsti dal

42 Non ancora convertito in legge al momento dell'adozione del decreto in epigrafe.

43 Si rinvia a M. MARAZZA - F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, in *giustizia civile*, 2022.

44 Le due disposizioni disciplinano i contenuti dell'informativa sulla privacy, a cui è tenuto il titolare del trattamento.

45 GPDP, *Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili* (c.d. "Decreto trasparenza"), in *garanteprivacy*, 2022, p. 4.

46 In particolare, l'ambito oggettivo di applicazione si estende a: «*gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; il funzionamento dei sistemi; i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; il livello di accuratezza, robustezza e cibersicurezza dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse*».

regime euro unitario[47], non dovrebbero trovare applicazione le scriminanti introdotte dal decreto lavoro[48].

Decisivo per l'interpretazione dei limiti apposti dal nuovo decreto-legge è l'art. 22 GDPR, a mezzo del quale il legislatore europeo ha istituito un presidio normativo a garanzia del «mantenimento del lavoro umano e alla chiarificazione dell'impatto dell'AI sul mercato del lavoro»[49], che si sostanzia nel diritto a non essere sottoposto a decisioni integralmente automatizzate che producano «effetti giuridici che lo riguardano» o che «incidano in modo analogo significativamente sulla sua persona», salvo alcune eccezioni previste dal par. 2[50]. Tuttavia, anche in queste ipotesi, la disposizione preserva la facoltà del soggetto sottoposto a trattamenti automatizzati di richiedere e «di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» (par. 3).

Poiché l'art. 22 GDPR consente decisioni totalmente automatizzate soltanto nell'ipotesi in cui queste contemplino la possibilità dell'intervento umano, secondo il giudice, l'unica interpretazione della locuzione "sistemi integralmente automatizzati" *ex* art. 1 *bis* d.lgs. 152/1997, compatibile con il diritto dell'Unione, è quella secondo cui la completa automazione riguardi soltanto la fase finale del procedimento algoritmico (cioè, la decisione) o, piuttosto, il monitoraggio.

Il decreto iscrive il sistema algoritmico utilizzato dalla società in quest'ultima fattispecie, accertando la permanenza dell'obbligo di fornire le informazioni anche dopo l'entrata in vigore del decreto lavoro, sia pur nei limiti di quanto del procedimento automatizzato è coperto da segreto industriale o commerciale.

Nulla dice la decisione in merito a quest'ultimo profilo, salvo intendere che le OO.SS., nel corso del giudizio, abbiano rinunciato a conoscere le informazioni censurate dal segreto e che, comunque, quest'ultimo possa estendersi alle sole specifiche tecniche dell'algoritmo utilizzato.

In ogni caso, la questione è meritevole di essere affrontata sul versante costituzionale. La tutela del segreto, industriale o commerciale, è ormai unanimemente ricondotta all'art. 41 c. 1 Cost., sicché a tali istituti non possono che applicarsi i limiti all'iniziativa economica privata,

---

47 Si tratta di: «*la logica dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, la cui indicazione, nell'impianto degli artt. 13 e 14, è espressamente richiesta nel caso di ricorso ai processi decisionali automatizzati, compresa la profilazione, di cui all'art. 22 del Regolamento; l'indicazione delle categorie di dati trattati, che nel Regolamento è specificamente prevista solo qualora i dati oggetto di trattamento non siano ottenuti presso l'interessato (art. 14, par. 1, lett. d), del Regolamento*».

48 In virtù del principio del primato del diritto dell'Unione.

49 L.C. NATALI - S. PINELLI, *Intelligenza artificiale e impatto sul lavoro*, in *Dir. e prat. lav.*, 2023, 23, cit., p. 1455; P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3 ss.

50 Segnatamente, nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

previsti dal comma secondo del medesimo articolo[51]. In questo senso, può recarsi in dubbio la legittimità di una disposizione che prevede l'opponibilità del segreto su informazioni relative a meccanismi di organizzazione del lavoro e, pertanto, suscettibili di produrre conseguenze in tema di salute, sicurezza, libertà e dignità umana[52].

Anche a livello euro unitario è possibile ricavare indicazioni sulla cedevolezza della protezione offerta dal segreto industriale o commerciale, rispetto alle tutele del lavoro. Invero, la Dir. UE/2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) prevede espressamente che l'acquisizione di un segreto commerciale sia considerata lecita allorquando sia ottenuta mediante «*esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione da parte di lavoratori o rappresentanti dei lavoratori, in conformità del diritto e delle prassi dell'Unione e nazionali*»[53].

Una volta precisato il campo d'applicazione del novellato art. 1 *bis*, la pronuncia entra nel merito dell'informativa resa dalla società resistente dopo la proposizione del giudizio, allo scopo di verificare se l'inoltro della comunicazione abbia determinato la cessazione della condotta antisindacale.

Senza entrare nel dettaglio dei singoli accertamenti su ciascun obbligo informativo, preme rilevare che, in ambedue le decisioni, il giudicante si è opportunamente attenuto al metro di valutazione indicato dall'ordinamento dell'Ue, verificando che le informazioni rese fossero concise, trasparenti, intellegibili e facilmente accessibili, nonché caratterizzate da un linguaggio semplice e chiaro[54].

4. Sulle rappresentanze dei lavoratori delle piattaforme.

---

51 *Ex multis*, v. P. AUTERI, *Il segreto industriale*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno Nazionale*, 1981, Cedam, Padova, 1983, p. 326.

52 Oltre alle possibili discriminazioni, a venire in rilievo sono i rischi e le potenzialità in tema di salute e sicurezza sul lavoro; v. EU – OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, in *osha.europa.eu*, 2018.

53 Art. 3 par. 1 lett. c), che è disposizione di armonizzazione necessaria, ai sensi dell'art. 1, c. 1, cpv. 2 Dir. UE/2016/943. Sul piano interpretativo, rileva anche il considerando n. 20 della medesima fonte, secondo cui le «*misure, procedure e strumenti di tutela*» del segreto commerciale dovrebbero essere calibrati in «*modo da non compromettere o minare i diritti e le libertà fondamentali e l'interesse pubblico, come la pubblica sicurezza, la tutela dei consumatori, la sanità pubblica e la protezione dell'ambiente, e non dovrebbero pregiudicare la mobilità dei lavoratori*».

54 Artt. 12 – 14 GDPR e 5 Dir. UE/2019/1152. In particolare, è stata accertata l'inadeguatezza delle informazioni non deterministiche, ovverosia tali da descrivere determinate operazioni in termini di possibilità o probabilità. Si tratta di una scelta coerente all'indirizzo interpretativo fornito dal Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, secondo cui «*il titolare del trattamento dovrebbe trovare modi semplici per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa l'adozione della decisione. Il regolamento impone al titolare del trattamento di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma non necessariamente una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo*»; GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, in *dpo.infn*, 2017, p. 28.

In merito al disconoscimento del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (da ora, anche RLS), la più risalente decisione del Tribunale di Palermo opta per un'interpretazione particolarmente rigorosa del dettato normativo. Segnatamente, il giudice ha ritenuto non provato che l'elezione del RLS, organizzata in autonomia dai lavoratori, fosse avvenuta in conformità alla disciplina dettata dall'art. 47 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro)[55].

Sul punto, la decisione pare scontare tutte le difficoltà dovute all'applicazione di un regime, ritagliato su un modello di organizzazione aziendale di tipo classico, ad un fenomeno (il lavoro su piattaforma) che, per le sue peculiari caratteristiche, meriterebbe una specifica attenzione da parte del legislatore[56].

A quest'ultimo riguardo, occorre evidenziare che le disposizioni del decreto n. 81 rispondono, quantomeno per le imprese di maggiori dimensioni, al modello del "canale unico", ovverosia ad una "convergenza" tra le rappresentanze per la sicurezza e quelle dei sindacati in azienda (art. 47, c. 4, d.lgs. 81/2008)[57]. Il legislatore ha comunque preso in considerazione la possibilità che un'impresa, seppur di grandi dimensioni, sia sprovvista di RSA. Proprio per garantire l'assenza di lacune nel sistema delle rappresentanze preposte alla tutela della sicurezza in azienda, il c. 4 dell'art. 47 cit. prevede che, in assenza di RSA, il RLS «*è eletto dai lavoratori dell'azienda al loro interno*», secondo le modalità stabilite dal c. 6 della medesima disposizione[58].

Allo stesso scopo, l'art. 48 del d.lgs. 81/2008 stabilisce che, in assenza del RLS, le sue funzioni siano assolte dal Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale (da ora,

55 Nello specifico, le OO.SS. ricorrenti si sarebbero limitate a produrre un comunicato dell'avventa elezione, senza fornire prova della «effettiva divulgazione a tutti i lavoratori neanche nell'ambito della città metropolitana di Palermo, né le modalità di nomina della Commissione, la quale ha poi comunicato l'esito della votazione senza neanche specificare il numero di lavoratori partecipanti alla votazione medesima, né i voti riportati dai singoli candidati».

56 In forza del rinvio operato dall'art. 47 *septies*, c. 3, d.lgs. 81/2015 la disciplina in materia di salute e sicurezza è integralmente applicabile al lavoro dei *riders*. In giurisprudenza, la questione si è posta durante la pandemia da Covid-19, con riferimento all'obbligo del committente di fornire i dispositivi di sicurezza anticontagio ai propri collaboratori; v. Trib. Bologna, 11 agosto 2020, Trib. Firenze, 31 luglio 2020, Trib. Firenze, 22 luglio 2020, Trib. Bologna, 1 luglio 2020, Trib. Firenze, 5 maggio 2020, Trib. Bologna, 14 aprile 2020, Trib. Firenze, 1 aprile 2020, Trib. Roma, 31 marzo 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 3, p. 484 ss., con nota di S. BOLOGNA, *Tutela della salute e sicurezza dei riders in tempi di pandemia*.

57 M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 133 – 134.

58 A norma del quale, l'elezione «*dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza aziendali, territoriali o di comparto, salvo diverse determinazioni in sede di contrattazione collettiva, avviene di norma in corrispondenza della giornata nazionale per la salute e sicurezza sul lavoro, individuata, nell'ambito della settimana europea per la salute e sicurezza sul lavoro, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro della salute, sentite le confederazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Con il medesimo decreto sono disciplinate le modalità di attuazione del presente comma*».

anche RTLS), il quale è eletto secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, da un decreto del Ministero del Lavoro (art. 48, cc. 1 – 2).

Dato un tale assetto, la prima giurisprudenza di merito a pronunciarsi sul diritto dei ciclofattorini a nominare un proprio RLS ha ritenuto la costituzione della RSA prodromica alla designazione del rappresentante per la sicurezza, fatta salva comunque la possibilità che, in autonomia, i lavoratori approntassero una procedura elettorale inoppugnabile dal punto di vista formale[59].

Si tratta, a ogni evidenza, di adempimenti tali da impedire ai ciclofattorini di avere una rappresentanza sui temi della sicurezza.

In effetti, la via del riconoscimento del proprio RLS in seno alle RSA è stata preclusa, sul piano delle relazioni industriali, dal contegno della società resistente, la quale ha sconfessato l'istituzione della rappresentanza *ex* art. 19 St. lav., ad opera di una delle OO.SS.[60]; né il sindacato ha ottenuto tale riconoscimento per via giudiziale, stante il modo in cui la decisione in commento ha interpretato il monito della Corte Cost. sull'art. 19 St. lav.[61], sicché la stessa possibilità di istituire la RSA è impedita dalla "mancata partecipazione" del sindacato alle trattative per la stipulazione del Ccnl Ugl *riders*[62].

Precluso l'accesso al "canale unico" di rappresentanza, è da chiedersi secondo quali modalità debba svolgersi la procedura elettorale per ritenersi non viziata, data l'assenza di pattuizioni collettive, nonché la mancata adozione del decreto attuativo previsto dall'art. 47, c. 6 del d.lgs. 81/2008.

Interrogata su un'ipotesi affine, la Commissione per gli interpelli[63] ha precisato che, stante la mancata emanazione del decreto attuativo, nell'ipotesi in cui la «contrattazione non sia ancora esistente e la precedente abbia superato i propri termini di efficacia» dovrebbe «operare la precedente disciplina contrattuale in regime di ultrattività». La soluzione è giustificata dall'organo amministrativo con la necessità di scoraggiare i ritardi nella negoziazione, che potrebbero essere ricercati strumentalmente da una delle due parti, oltreché di garantire l'effettività della disciplina prevista dall'art. 47 del Testo unico[64]. Tale interpretazione è comunque inservibile nel caso di specie, considerato che manca una pattuizione previgente tra la convenuta e la Cgil sul tema della sicurezza.

59 Trib. Firenze, 31 luglio 2020, *cit.*

60 V., *infra*, par. 1.

61 Corte cost., 3 luglio 2013, n. 231, in *giurcost*.

62 Sul punto, si rinvia alle considerazioni di A. BELLAVISTA, *L'unità produttiva digitale*, in *Labour and Law Issues*, 2023, 9, 1, p. 100 ss. Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, v. F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2013, 2, p. 71 ss.

63 Art. 12, d.lgs. 81/2008.

64 Interpello n. 16/2014, in *lavoro.gov*, p. 3.

Anche l'individuazione dell'ambito entro cui eleggere il RLS è problematica[65]. L'art. 47, c. 1 d.lgs. 81/2008 indica l'unità produttiva, quale articolazione aziendale minima per la rappresentanza sui temi della sicurezza.

Introdotta dall'art. 35 St. lav. e, successivamente, adoperata dal legislatore e dalle parti sociali per individuare il contesto organizzativo entro cui regolare la titolarità e l'esercizio dei diritti sindacali in azienda, la nozione di unità produttiva ha assunto «rilevanza definitoria, delineando un'entità aziendale di base che funge da parametro tutte le volte in cui sia necessario circoscrivere un ambito per il funzionamento di determinati istituti»[66]. Il dibattito sulla dilatazione di tale concetto, *in limine* tra interpretazioni evolutive e proposte *de iure condendo*, si è reso necessario a causa dell'evoluzione del diritto e del mercato del lavoro italiano e ha acquisito un'importanza crescente con l'espandersi del capitalismo digitale[67].

Oltre alle questioni di natura ermeneutica, occorre dar conto di un ostacolo di natura empirica, che deriva dalle modalità di organizzazione del lavoro digitale. Segnatamente, il carattere ubiquo della prestazione lavorativa renderebbe particolarmente complesso lo svolgimento di consultazioni, in termini di notorietà e trasparenza del procedimento elettorale[68].

Allo stato, il testo unico reca un vuoto di tutela in merito alle rappresentanze sulla sicurezza dei lavoratori su piattaforma. È da chiedersi, dunque, se si tratti di una lacuna colmabile per intervento dell'art. 9 St. lav.

Nella decisione in epigrafe, non trova accoglimento la tesi dell'abrogazione della disposizione statutaria, ad opera del Testo unico[69]. Piuttosto, è reputato *inconferente* il richiamo all'art. 9 St. lav., da parte delle OO.SS. ricorrenti, atteso che, secondo una risalente pronuncia

---

65 Si tratta di una questione non affrontata dalla decisione in commento, ma che viene in rilievo nel caso in esame, considerato che l'elezione era preordinata alla nomina di un RLS aziendale per la sola città metropolitana di Palermo.

66 A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour and Law Issues*, 5, 2, 2019, p. 102.

67 Sui termini del dibattito v. L. MARIUCCI, *Ridare senso al diritto del lavoro. Lo Statuto oggi*, in *Lavoro e dir.*, 2010, p. 16; F. PONTE, *Brevi riflessioni intorno alla nozione di unità produttiva, tra la distribuzione delle tutele e il limite all'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, p. 1396; C. CORDELLA, *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2021, 4, p. 927 ss.; U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2003, 1, p. 32 ss.

68 Sugli effetti della cd. "remotizzazione" sull'esercizio dei diritti sindacali, v. S. DONÀ - M. MAROCCO, *Diritto di assemblea ex art. 20 St. lav.e nuove tecnologie digitali*, in *Labour and Law Issues*, 2019, 5, 2, p. 9.

69 Già sostenuta in letteratura, all'epoca dell'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994; v., *ex plurimis*, G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Roma, 1995, p. 257 ss. A quest'ultima operazione interpretativa si oppone, anzitutto, il dato letterale dell'art. 304 del d.lgs. 81/2008, che non menziona l'art. 9 St. lav. tra le norme espressamente abrogate. Inoltre, non sembra che il rapporto tra le due fonti possa essere descritto in termini di abrogazione tacita o implicita. In particolare, non si ravvede una insanabile antinomia tra norme attributive di pretese giuridiche finalizzate alla tutela del medesimo interesse collettivo. Nel senso di una coesistenza tra art. 9 St. lav. e Testo unico, v. L. GAETA, *Appunti dal corso di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 296.

della Cassazione, quest'ultima norma rivolgerebbe alle RSA il diritto di controllare l'applicazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro[70].

Il richiamo alla sentenza di Cassazione non è da ritenere decisivo. In quest'ultima pronuncia, l'attribuzione delle prerogative *ex* art. 9 St. lav. alle RSA ha valenza interlocutoria: secondo il giudice di legittimità, il conferimento alle RSA del potere di agire in giudizio a tutela degli interessi collettivi fissati dalla disposizione statutaria è compatibile «sotto ogni profilo logico-giuridico, con qualsiasi forma di tutela dei diritti soggettivi dei singoli lavoratori, e segnatamente, con il diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. e 2087 c.c., che, ovviamente, la tutela collettiva non può affievolire, ma rafforzare»[71]. In altri termini, nel brano citato, la Suprema Corte si pronuncia sulla coesistenza tra tutele individuali e collettive in materia di salute e non sull'astratta titolarità dei diritti di cui all'art. 9 St. lav.

Nel caso esaminato dalla Cassazione, peraltro, esistevano delle RSA all'interno dell'azienda, contrariamente alla fattispecie *de quo*.

Al più, dalla pronuncia del giudice di legittimità si potrebbe ricavare che, nel caso in cui esistano delle rappresentanze in azienda, spetti a queste ultime esercitare i poteri di controllo e promozione *ex* art. 9 St. lav. e la corrispondente azione giudiziale.

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 35 St. lav., è indubitabile che il campo di applicazione dell'art. 9 cit. sia ben più ampio di quello assegnato al titolo III della l. 300/1970, entro cui si colloca l'art. 19 St. lav., poiché prescinde dalle dimensioni dell'organizzazione produttiva.

Tanto per la sua collocazione sistematica quanto per il suo tenore letterale, la disposizione a tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori è stata «quasi unanimemente intesa nel senso che le rappresentanze dei lavoratori di cui all'art. 9 potessero essere non solo le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19, ma qualunque entità alla quale i lavoratori avessero liberamente conferito mandato»[72]. In una delle poche pronunce riguardanti la composizione delle rappresentanze *ex* art. 9 St. lav., lo stesso giudice di Cassazione ha precisato che, con tale disposizione, il legislatore ha inteso riferirsi a rappresentanze tratte dall'interno stesso delle comunità di lavoro e di rischio interessate a valersi dei diritti in questione, ma che ciò non escluda il potere dell'organo rappresentativo dei gruppi dei lavoratori interessati di ricorrere, al fine di esercitare i diritti in questione, all'assistenza di tecnici e di esperti di varie discipline, esterni alle comunità di lavoro, ove ciò sia consentito dagli accordi interni fra lavoratori e rappresentanza[73].

In quest'ottica, è il conferimento di un mandato da parte dei lavoratori della comunità di rischio a consentire l'esercizio delle prerogative in tema di salute e sicurezza *ex* art. 9 St. lav., nel rispetto del principio di certezza del diritto.

---

70 Sul punto, il giudice richiama Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 1997, n. 9808, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 61 ss.

71 Cass., 9 ottobre 1997, *cit.*, par. 3.

72 L. MENEGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"*?, in *Dir. sic. Lav.*, 2021, 1, cit., p. 12, il quale cita ampia letteratura.

73 Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 1980, n. 6339, in *Foro It.*, 1980, XII, p. 2993 ss.

5. Astreinte e Art. 28 St. lav.

Nel secondo decreto, il giudice ha disposto l'applicazione di una misura di coercizione indiretta, in caso di inadempimento dell'obbligo di informazione sui sistemi automatizzati. Sull'utilizzabilità del rimedio *ex* art. 614 *bis* c.p.c. nel procedimento per la repressione della condotta antisindacale, la motivazione del Tribunale di Palermo è pioneristica[74].

Introdotto dall'art. 49 del d.lgs. 18 giugno 2009 e, successivamente, modificato dall'art. 13, co. 1, lett. cc-ter), d.l. 27 giugno 2015, n. 83[75], l'art. 614 *bis* c.p.c., nella sua attuale formulazione, attribuisce al giudice il potere di fissare, su istanza di parte e salvo che ciò non risulti manifestatamente iniquo, una somma di danaro per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione di un provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro[76]. In sintesi, la disposizione ha introdotto una misura coercitiva di contenuto patrimoniale e di portata generale, che affonda le sue origini nell'esperienza di altri ordinamenti europei, il cui scopo è "costringere" la parte soccombente a adempiere spontaneamente all'ordine giudiziale, dando esecuzione alla decisione[77].

Un aspetto particolarmente controverso dell'istituto riguarda l'art. 416 *bis*, ult. c., secondo periodo c.p.c., che ha stabilito l'inapplicabilità del rimedio alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c. In particolare, è discusso quale sia la *ratio* di tale esclusione e se la stessa sia costituzionalmente legittima[78].

Si tratta, comunque, di questioni non affrontate nel decreto in esame. Invero, nel motivare la decisione, il giudice di Palermo si concentra sul "perimetro" dell'art. 416 *bis*, ult. c., c.p.c. In

---

74 Unico precedente di cui si ha notizia è un decreto del Tribunale di Vasto, in cui però manca una motivazione in merito all'applicabilità dell'art. 614 bis al procedimento per la repressione della condotta antisindacale; v. Trib. Vasto, 16 maggio 2022, in *dirittielavoro*, 2022, 4, p. 13 ss., con nota di G. ORLANDINI, *La misura dell'astreinte per indurre il datore a negoziare con correttezza e buona fede: il Tribunale di Vasto apre nuovi scenari per l'applicazione dell'art. 416 bis c.p.c. nelle controversie sindacali e di lavoro*.

75 Convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

76 Ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c., c. 3, «*Il giudice determina l'ammontare della somma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*». Prima della riforma del 2015, il campo di applicazione del rimedio era confinato all'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare.

77 S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, p. 11 ss.

78 Senza pretese di esaustività, v. A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Jovene, Napoli, 2019, p. 97 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 947; G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare* (art. 614-bis c.p.c.), in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 506; S. CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *treccani*, 2012; M. BIASI, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *lavorodirittieuropa*, 2020, 2, p. 1 ss.

particolare, l'esclusione delle controversie di lavoro, dettata dalla disposizione processual - civilistica, non si estenderebbe al procedimento per la repressione della condotta antisindacale.

Sebbene preveda l'applicazione del rito del lavoro nella fase eventuale di opposizione al decreto, l'art. 28 St. lav. «non introduce una controversia individuale di lavoro, bensì un'azione finalizzata al perseguimento di un interesse di natura collettiva, quale quello delle OO.SS. alla tutela avverso condotte datoriali che ledano la libertà e l'esercizio dell'attività sindacale». A riprova di tale caratteristica del procedimento in questione, il giudice descrive il "panorama" dei rimedi azionabili in caso di condotta antisindacale pluri – offensiva; in tale ipotesi, il procedimento per la repressione della condotta datoriale è proponibile separatamente e in via aggiuntiva, rispetto all'azione individuale del lavoratore, *ex* artt. 409 e ss. c.p.c.[79].

Inoltre, nel decreto è esclusa la possibilità di ricorrere all' *analogia legis*, per estendere la portata art. 416 *bis*, ultimo comma al procedimento *de quo*. Vi si opporrebbe la natura derogatoria di tale disposizione che, costituendo eccezione alla regola generale prevista dall'ordinamento, sarebbe norma di stretta interpretazione.

Più semplicemente, il divieto di ricorrere all'interpretazione analogica, sia nella forma dell'*analogia legis* che in quella dell'*analogia iuris*, deriva dall'assenza di una lacuna normativa, ovvero dell'ipotesi in cui «manchi una norma di legge atta a regolare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere»[80]. In altri termini, ove si ritenesse che il procedimento *ex* art. 28 St. lav. non rientri nella "categoria" di azioni richiamate dall'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p.c., dovrebbe trovare applicazione la disciplina generale prevista dal comma primo della medesima disposizione.

Considerato che il tenore letterale dell'art. 416 *bis*, ult. c., c.p.c. non consente di escludere, aprioristicamente, l'applicabilità dell'*astreinte* al procedimento *ex* art. 28 St. lav., il decreto verifica la compatibilità tra la misura dell'*astreinte* e la sanzione prevista dall'art. 650 c.p.[81], astrattamente applicabile in caso di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

Sul punto, il giudicante osserva che «non tutti i provvedimenti conclusivi del rito *ex* art. 409 c.p.c. prevedono per la loro violazione l'applicazione della sanzione penale prevista e punita dall'art. 650 c.p., sicché non può rinvenirsi in ciò la ragione dell'inapplicabilità del mezzo coercitivo in discorso alle controversie individuali di lavoro». E, d'altra parte, si osserva che le misure di coercizione indiretta non sono equiparabili ad una sanzione penale, sicché non possono trovare applicazione i criteri dettati dalla Corte Edu in materia di *ne bis in idem*[82].

---

79 Come, del resto, ha avuto modo di precisare il giudice di legittimità; v. Cass. civ., sez. lav., 25 novembre 2013, n. 26286, in *onelegale*, 2013.

80 Cass., Sez. Un., 6 dicembre 2021, n. 38596, in *altalex*, 2021, con nota di G. SPINA, *Interpretazione della legge: la lezione delle Sezioni Unite sull'analogia.*

81 La disposizione stabilisce che «chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206».

82 Sui criteri Engel, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 199 ss.

Si potrebbe aggiungere che, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, l'art. 650 c.p. sarebbe «norma penale in bianco a carattere sussidiario», applicabile non «solo quando il fatto non sia previsto come reato da altra specifica disposizione», ma anche nell'ipotesi in cui «il provvedimento dell'autorità rimasto inosservato non sia munito di un proprio, specifico meccanismo di tutela degli interessi coinvolti»[83]. Assecondando tale indirizzo interpretativo, si dovrebbe ritenere l'art. 650 c.p. applicabile nella sola ipotesi in cui l'ordinamento civile non predisponga già un autonomo strumento di coazione (qual è l'*astreinte*), e non viceversa. Detto altrimenti, in una prospettiva di sistema, l'incompatibilità tra il rimedio *ex* art. 614 *bis* c.p.c. e la fattispecie di reato prevista dall'art. 650 c.p. non potrebbe essere fatta valere a "monte", in sede di individuazione dei rimedi privatistici applicabili alla fattispecie, allo scopo di escludere l'applicabilità dell'*astreinte*, *bensì* a "valle", nell'ambito del procedimento penale, volto a punire la condotta omissiva del soggetto obbligato ad adempiere all'ordine dell'autorità giudiziaria.

83 *Ex multis*, v. Cass. pen., 24 Novembre 2018, n. 41133, par. 1.3, in *onelegale*, 2018.

FOCUS

FOCUS

I CANONI DI ROTTA E DI TERMINALE

Commento a Sentenza del Tribunale di Torino n. 4383/2023

Rosaria Costanzo

Abstract: i servizi di assistenza medica di emergenza con elicottero *(o HEMS, "Helicopter Emergency Medical Service")* non beneficiano di alcun regime di esenzione dal pagamento dei canoni di rotta e di terminale dovuti a Eurocontrol per i servizi di navigazione aerea. Ciò in quanto i voli HEMS, da un lato, non sono riconducibili nell'ambito dei servizi *search and rescue* (SAR) per i quali il Regolamento CE 1794/2006 (oggi Regolamento UE 2019/317) prevede l'esonero; dall'altro, il generico diritto all'esenzione dal pagamento di tasse, diritti e tariffe previsto dall'art. 748, comma 2 del Codice della Navigazione riguarda esclusivamente i diritti aeroportuali e non è suscettibile di interpretazione estensiva ai canoni di rotta e di terminale.

Abstract: the Helicopter emergency medical assistance services (or "HEMS") do not benefit from any regime of exemption from the payment of route and terminal charges, due to Eurocontrol for air navigation services. This is because HEMS flights, on the one hand, do not fall within the scope of search and rescue ("SAR") services for which EC Regulation 1794/2006 (now EU Regulation 2019/317) provides exemption; on the other hand, the generic right to exemption from the payment of taxes, duties and tariffs provided for by art. 748, paragraph 2 of the Navigation Code only concerns airport charges and is therefore not susceptible to extensive interpretation of route and terminal charges.

Premesse

Il Tribunale di Torino, Sez. I, con la sentenza n. 4383/2023 del 6 novembre 2023 ha fornito un importante chiarimento riguardante il pagamento dei canoni di rotta e di terminale.

Il sistema adottato da tutti i fornitori di servizi di navigazione aerea degli Stati membri dell'Unione Europea prevede il pagamento di corrispettivi da parte degli utenti dello spazio aereo a fronte dei servizi di assistenza al volo che, in Italia, vengono erogati dall'Ente Nazionale Assistenza Volo (ENAV). Nell'ambito dell'attività di gestione del traffico aereo, ENAV svolge due particolari tipologie di servizi denominati di terminale e di rotta. I primi hanno ad oggetto il controllo del traffico aereo e l'assistenza durante le fasi di spostamento a terra nell'aeroporto, di decollo e atterraggio, i secondi riguardano il controllo del traffico e l'assistenza al volo quando un aeromobile sorvola lo spazio aereo italiano.

I canoni di rotta e di terminale sono regolamentati dalla normativa internazionale, comunitaria e nazionale.

Alla riscossione dei summenzionati canoni è deputata l'Organizzazione Internazionale per la Sicurezza della Navigazione Aerea – Eurocontrol, istituita dalla Convenzione del 13 dicembre 1960, ratificata dall'Italia con legge 20 dicembre 1995 n. 575 - *Adesione della Repubblica italiana alla convenzione internazionale di cooperazione per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol) firmata a Bruxelles 1l 13 dicembre 1960, e atti internazionali successivi*[1].

1. La vicenda *sub judice*

Con ricorso ex art. 633 c.p.c., Eurocontrol ha domandato al Tribunale di Torino l'emissione di un'ingiunzione di pagamento nei confronti di una società che svolge servizi di assistenza medica di emergenza con elicottero (o HEMS, acronimo di "*Helicopter Emergency Medical Service*") per servizi di assistenza al volo per un importo dovuto a titolo di canoni di rotta e canoni di terminale, oltre agli interessi da ritardato pagamento, per voli effettuati in un periodo compreso tra il 2014 e il 2021.

Il Tribunale, in data 11 febbraio 2022, in accoglimento del ricorso, ha emesso un decreto ingiuntivo che la Società ha opposto con atto di citazione con cui si chiedeva la revoca dello stesso e, in via riconvenzionale, la condanna di Eurocontrol alla restituzione di somme asseritamente corrisposte *sine titulo* per i servizi di navigazione aerea per gli anni 2008 e seguenti.

La società, ritenendo la natura tributaria dei canoni di rotta e terminale, ha rilevato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice tributario e ha eccepito, altresì, la prescrizione quinquennale del credito vantato da Eurocontrol in virtù dell'art. 2948, comma 1, n. 4 c.c. in considerazione della affermata natura di obbligazione periodica.

Nel merito, ha contestato l'esistenza del credito ritenendo di potere beneficiare del regime di esenzione dal pagamento dei canoni di rotta e terminale in ragione della tipologia dei voli eseguiti o comunque in considerazione dell'utilizzo dei propri aeromobili che in quanto destinati in via esclusiva al servizio di elisoccorso di emergenza sarebbero equiparabili a quelli di Stato, ai sensi degli artt. 746 e 748 Cod. Nav. Per via di tale esenzione, chiedeva, inoltre, la restituzione delle somme che sarebbero state erroneamente versate**.**

Eurocontrol, costituitasi in giudizio, ritenuta la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 648 c.p.c., ha chiesto il rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

Con comparsa di intervento la Associazione Elicotteristica Italiana è intervenuta *ad adiuvandum* dal lato di parte attrice al fine di "*tutelare l'interesse di tutte le società consociate*".

---

1 Il compito di calcolo, fatturazione, riscossione e successiva ridistribuzione dei canoni di rotta è stato conferito dagli Stati membri, tra cui l'Italia, a Eurocontrol ai sensi della Convenzione internazionale di cooperazione per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol) del 13 dicembre 1960 e del relativo Accordo multilaterale per i canoni di rotta del 12 febbraio 1981. L'art. 1 dell'Accordo Multilaterale stabilisce che gli Stati contraenti convengono di adottare una politica comune in materia di tariffe per l'uso delle strutture e dei servizi di navigazione aerea nello spazio aereo delle "zone tariffarie" (*Flights Information Regions)* di loro competenza. Funzioni analoghe sono svolte da Eurocontrol per conto di ENAV per i canoni di terminale, in forza dell'accordo bilaterale ENAV – Eurocontrol del 1998.

Nel contraddittorio tra le parti, la causa è stata trattenuta in decisione senza svolgimento di attività istruttoria.

Il Tribunale di Torino con la sentenza in epigrafe ha: (i) condannato la società a corrispondere a Eurocontrol gli importi dovuti a titolo di canoni di rotta e terminale, oltre interessi; (ii) revocato, per l'effetto, il decreto ingiuntivo opposto; (iii) rigettato la domanda riconvenzionale proposta dall'attrice; (iv) dichiarato inammissibile l'intervento dell'Associazione Elicotteristica Italiana estromessa dal giudizio; (v) condannato l'attrice a rimborsare alla convenuta le spese liquidate nel decreto ingiuntivo; (vi) condannato l'attrice e la terza intervenuta in solido al rimborso delle spese di lite.

2. Il quadro normativo di riferimento.

In considerazione della peculiarità della tematica affrontata dal Tribunale di Torino e del particolare interesse che riveste per gli operatori del settore, il presente contributo, senza pretesa di esaustività, si limita a ripercorrere brevemente la motivazione della sentenza riguardo al regime giuridico cui sono sottoposti i canoni per i servizi di navigazione aerea, rinviando alla lettura del testo completo in ordine a quanto chiarito sulla natura non tributaria di tali somme e sulla affermata giurisdizione del giudice ordinario.

* * *

Per meglio comprendere i termini della *res controversa* conviene richiamare le principali disposizioni normative che ne costituiscono il quadro di riferimento.

La vicenda scaturisce dall'incertezza interpretativa sorta a seguito dell'istituzione con il Regolamento CE 1794/2006 del "*sistema di tariffazione comune per i servizi di navigazione aerea*" e del suo recepimento da parte dell'ordinamento italiano con il Decreto Ministeriale 227/T del 28 dicembre 2007 del Ministro dei Trasporti "*Nuovo regime delle esenzioni tariffarie di rotta e di terminale ai sensi dell'art. 9 del regolamento comunitario n. 1794 della Commissione europea del 6 dicembre 2006*", da un lato e dal combinato disposto degli artt. 746, comma 1 e dell'art. 748, comma 2, Cod. Nav., dall'altro, riguardanti i voli effettuati da aeromobili privati "equiparati" per legge o per provvedimento amministrativo dell'autorità competente ove utilizzati per svolgere un servizio di Stato di carattere non commerciale.

L'art. 746, comma 1, del Codice dispone che: "*...omissis…il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti può, con proprio provvedimento, equiparare agli aeromobili di Stato quegli aeromobili che, pur appartenendo a privati ed essendo da questi esercitati, siano adibiti a un servizio di Stato di carattere non commerciale*".

Inoltre, a norma dell'art. 748, comma 2 "*l'utilizzazione degli aeromobili equiparati a quelli di Stato, ai sensi degli articoli 744*[2]*, quarto comma, e 746, comporta l'esenzione da qualsiasi tassa, diritto o tariffa, nonché il diritto di priorità nell'utilizzazione delle strutture aeroportuali*".

2 Segnatamente, a norma dell'art. 744, comma 1, Cod. Nav.: "*sono aeromobili di Stato gli aeromobili militari e quelli, di proprietà dello Stato, impiegati in servizi istituzionali delle Forze di polizia dello Stato, della Dogana, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del Dipartimento della protezione civile o in altro servizio di Stato*". Il secondo comma prevede che "*Tutti gli altri aeromobili sono considerati privati...*" Il comma 4 precisa poi

Dunque, il Codice della Navigazione riconosce un **generico diritto all'esenzione** da qualsiasi tassa, diritto o tariffa agli aeromobili privati che siano stati "equiparati" a quelli di Stato, per legge o per provvedimento amministrativo, in quanto "*adibiti a un servizio di Stato di carattere non commerciale*".

La disciplina dei canoni di rotta e di terminale, che remunerano i fornitori di servizi di navigazione aerea è fissata dalla normativa internazionale, comunitaria e interna.

Come anticipato nelle premesse, con legge 20 dicembre 1995, n. 575 l'Italia ha aderito alla convenzione internazionale di cooperazione per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol) firmata a Bruxelles il 13 dicembre 1960 e ha ratificato l'Accordo Multilaterale del 1981.

L'art. 4 della legge (nell'attuale formulazione[3]) stabilisce che alle tariffe di rotta si applicano le esenzioni obbligatorie stabilite dai competenti organi dell'Unione europea.

Per quanto riguarda i canoni di terminale, l'accordo bilaterale Eurocontrol/Enav del 15 dicembre 1998 allegato I, paragrafo 2.3 prevede l'esenzione dal pagamento dei canoni di terminale per alcune tipologie di voli[4] (tra cui, come si dirà oltre, quelli di ricerca e soccorso autorizzati da un organismo SAR competente, nel cui ambito l'attrice ha ritenuto di potere ricondurre i servizi HEMS).

Con il Regolamento CE 1794/2006 l'Europa ha istituito un sistema di tariffazione comune per i servizi di navigazione aerea nell'Unione Europea. In tale contesto, dal momento che la maggioranza degli Stati membri (tra cui, come detto, anche l'Italia) aveva sottoscritto l'accordo multilaterale Eurocontrol relativo ai canoni di rotta del 12 febbraio 1981 e dato che la Comunità (ora Unione Europea) aveva firmato il protocollo di adesione alla convenzione rivista Eurocontrol, le norme stabilite dal Regolamento sono state elaborate compatibilmente con il sistema Eurocontrol per le tariffe di rotta[5].

In particolare, l'art. 9 del citato Regolamento, sostituito, con contenuto analogo, dall'art. 10 del Regolamento UE 391/2013, ora art. 31 del Regolamento UE 2019/317[6], prevede dei **casi di esenzione limitatamente alle sole tariffe di rotta e di terminale in considerazione di alcune**

---

che "*sono equiparati agli aeromobili di Stato gli aeromobili utilizzati da soggetti pubblici o privati, anche occasionalmente, per attività dirette alla tutela della sicurezza nazionale*".

3 Cfr. nota n. 8.

4 Con riferimento alla regolamentazione dei canoni di rotta in Italia, completano il quadro normativo le *Information Circular Terminal Charges in Italy,* pubblicate annualmente da Eurocontrol.

5 Si veda a riguardo il considerando 7 del Regolamento CE 1794/2006.

6 Il Regolamento (UE) 2019/317 dell'11 febbraio 2019 stabilisce un sistema di prestazioni e di tariffazione nel cielo unico europeo e abroga i regolamenti di esecuzione (UE) n. 390/2013 e (UE) n. 391/2013.

tipologie di voli ivi indicate[7] (e non quindi per tipologie di aeromobili secondo quanto stabilito dall'art. 748, comma 2, Cod. Nav.)[8].

La norma è stata recepita dall'ordinamento italiano con il Decreto del 28 dicembre 2007 del Ministro dei Trasporti innanzi citato con il quale è stata disposta l'esenzione dal pagamento dei canoni sia di rotta sia di terminale per alcuni tipi di voli.

Il coordinamento tra l'art. 9 del Regolamento CE 1794/2006 (e delle corrispondenti norme dei successivi Regolamenti) e l'art. 748, comma 2, Cod. Nav., rappresenta l'aspetto sostanziale che il Tribunale di Torino è stato chiamato ad affrontare.

3. La sentenza del Tribunale di Torino

Secondo la tesi dell'attrice, i voli effettuati con i propri aeromobili beneficerebbero del regime di esenzione dal pagamento dei canoni di rotta e terminale riconosciuto dall'art. 9 del Regolamento CE 1794/2006.

Infatti, tra i casi a esenzione obbligatoria o facoltativa l'art. 9 par. 1, lett. d) comprende, *inter alia*, i voli di ricerca e soccorso autorizzati dall'organismo competente (*search and rescue* o SAR). Ora, l'esenzione riguarderebbe non soltanto tali voli ma anche i voli HEMS, eseguiti in adempimento di convenzioni con enti e amministrazioni pubbliche, in quanto riconducibili nell'ambito dei primi.

In ogni caso, nella specie, troverebbe applicazione il comma 2 dell'art. 748 Cod. Nav., come modificato dal d.lgs. 15.3.2006 n. 151, che riconosce un generico diritto all'esenzione dal pagamento di ogni tassa, diritto o tariffa, fondato sull'equiparazione degli aeromobili privati "*adibiti a un servizio di Stato di carattere non commerciale*" a quelli di Stato, ai sensi degli articoli 744, comma 4, e 746, comma 1.

Il diritto in parola, sulla base della norma invocata, trarrebbe legittimazione in considerazione dell'equiparazione dei propri aeromobili adibiti ai servizi HEMS che si qualificherebbero appunto come servizi di Stato di carattere non commerciale.

---

7 In particolare, i paragrafi 1, 2 e 3 dell'art. 9 riguardano, rispettivamente, l'elenco delle fattispecie di esenzione obbligatoria dal pagamento delle tariffe di rotta, l'elenco delle fattispecie di esenzione facoltativa dal pagamento delle tariffe di rotta, nonché la previsione della possibilità di esonero dal pagamento delle tariffe di terminale per le fattispecie di cui ai menzionati commi 1 e 2 rimessa alla libera scelta degli stati membri.

8 Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento -Principi del sistema di tariffazione- la tariffa "*riflette i costi sostenuti direttamente o indirettamente per la fornitura di servizi di navigazione aerea*" che deve contribuire a finanziare. Il paragrafo 2 precisa che "*i costi dei servizi in rotta sono finanziati per mezzo di tariffe di rotta applicate agli utenti dei servizi di navigazione aerea*". A mente del paragrafo 3 "*i costi dei servizi di terminale sono finanziati per mezzo di tariffe di terminale applicate agli utenti dei servizi di navigazione aerea o per mezzo di altri ricavi, comprese le sovvenzioni trasversali conformi al diritto comunitario*". Tali disposizioni "*si applicano fatto salvo il finanziamento delle esenzioni di determinati utenti dei servizi di navigazione aerea per mezzo di altre fonti di finanziamento a norma dell'articolo 9 del presente regolamento*" (art. 3, par. 4). Il Regolamento prevede, in termini generali, che lo Stato membro provveda a rimborsare il fornitore del servizio di navigazione aerea per le prestazioni di servizi a voli "esenti" (art. 9 par. 4).

Secondo tale prospettazione, con l'Atto di indirizzo ministeriale 18 novembre 1999 del Ministero dei Trasporti e della Navigazione sarebbe stato riconosciuto di diritto (a tutti gli effetti di legge e una volta per tutte) l'equiparazione agli aeromobili di Stato dei velivoli destinati in via esclusiva all'esecuzione di servizio pubblico di eliambulanza per emergenza sanitaria e pronto soccorso per conto delle Regioni [9].

Da tale equiparazione sarebbe conseguita l'esenzione dal pagamento dei canoni in contestazione.

Il Tribunale di Torino ha ritenuto infondate tali argomentazioni per le motivazioni che si passa brevemente a illustrare.

3.1 L'interpretazione estensiva ai voli HEMS dell'esenzione relativa ai "voli di ricerca e soccorso" non è stata ritenuta condivisibile in quanto l'oggetto dei voli HEMS è differente. Infatti, afferma il giudice di merito, pur essendo possibili interferenze, nel senso che un volo possa mostrare di fatto elementi di più tipologie, i voli HEMS non si configurano come una specificazione dei voli di "ricerca e soccorso" poiché presentano speciali caratteristiche che li contraddistinguono da questi ultimi.

La classificazione dei voli è contenuta in convenzioni e atti internazionali, precedenti all'emanazione del Regolamento CE 1794/06; in particolare, il servizio SAR è definito dall'Organizzazione Internazionale per l'Aviazione Civile (ICAO) nell'Annesso 12 alla Convenzione sull'aviazione civile internazionale[10].

L'attrice ha argomentato che "*i voli HEMS sono da considerarsi a tutti gli effetti come voli di ricerca e soccorso*" invocando la nota informativa[11] ENAC del 30 marzo 2018, contenente direttive agli operatori per l'applicazione del Reg. (UE) n. 965/2012 della Commissione del 5 ottobre 2012 che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative per quanto riguarda le operazioni di volo ai sensi del Regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio.

---

9 Il requisito del carattere "non commerciale" dei servizi assistenza medica di emergenza con elicottero necessario ai fini dell'equiparazione è stato individuato da alcuna giurisprudenza amministrativa proprio nei "Considerato" dell'Atto di indirizzo ministeriale del 18 novembre 1999 con cui il Ministero aveva chiarito come nelle Regioni il servizio sanitario di elisoccorso sia stato istituzionalizzato, anche con l'individuazione di un numero telefonico di emergenza, venga svolto da soggetti privati per conto delle Regioni, abbia carattere oggettivamente pubblico e non presenti finalità commerciali, in quanto gratuito per tutti i cittadini. In ragione di ciò tale servizio potrebbe essere equiparato al servizio di Stato di carattere non commerciale di cui all'art. 746 Cod. Nav. (per un approfondimento sul punto si cfr. il parere prot. 395882 11 agosto 2017 dell'Avvocatura Generale dello Sato).

10 La Convenzione sull'Aviazione Civile Internazionale («convenzione di Chicago») disciplina il trasporto aereo internazionale, è entrata in vigore il 4 aprile 1947 e ha istituito l'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale (ICAO). Gli Stati membri dell'Unione sono Stati contraenti della convenzione di Chicago e membri dell'ICAO, mentre l'Unione ha lo status di osservatore in taluni organi dell'ICAO.

11 Le note informative contengono informazioni attinenti alle aree della Sicurezza del Volo (Safety), della Security e del Trasporto Aereo al fine di fornire orientamenti, raccomandazioni o chiarimenti riguardo a specifici argomenti o scenari regolamentari.

Tuttavia, la nota dell'ENAC (punto 7) dopo avere premesso che il servizio SAR non è disciplinato in quanto tale nel contesto EASA[12], dal momento che rimane soggetto alla regolamentazione internazionale ICAO, rimarca piuttosto la differenza tra i voli SAR e HEMS, fornendo delle indicazioni rispetto a situazioni che presentano elementi di commistione tra le due tipologie medesime. Chiarisce, infatti l'ENAC che "*l'eventuale attività di recupero con elicottero di infortunati o comunque di persone in pericolo di vita, talvolta definita HSAR ("Helicopter Search & Rescue"), se svolta in base ad un contratto con un committente ma non comprendente le operazioni specifiche riferite al Doc. ICAO Annesso 12, è compresa nelle operazioni 'HEMS' o in operazioni 'CAT Air Ambulance', quale applicabile*".

In altre parole, l'attività di recupero di persone infortunate o in pericolo di vita se non comprende le operazioni specifiche riferite al Documento ICAO Annesso 12, è compresa nelle operazioni 'HEMS' oppure nei voli *Air Ambulance* ma non possono classificarsi come voli SAR.

3.2 Il Giudice di merito ha poi affermato l'inapplicabilità al caso di specie degli artt. 746, comma 1 e 748, comma 2 Cod. Nav. per due ordini di motivi.

3.2.1 Infatti, la materia delle tariffe di rotta e di terminale "*è coperta dal Regolamento europeo, che istituisce un sistema di tariffazione comune e regola in modo esaustivo anche le possibili eccezioni all'obbligo di corrispondere la remunerazione dei servizi di navigazione aerea al fornitore (ENAV), prevedendo in modo tassativo le esenzioni obbligatorie e facoltative*".

Pertanto, l'esonero da "qualsiasi tassa, diritto o tariffa" non riguarda la materia del contendere. Le disposizioni del Codice della Navigazione sull'esonero riguardano esclusivamente i **diritti aeroportuali** (e cioè le tasse che gli utenti degli aeroporti statali sono tenuti a pagare al **gestore aeroportuale** per lo sbarco e l'imbarco della merce -decreto legge 28 febbraio 1974 n. 47, convertito con modificazioni dalla Legge 16 aprile 1974, n. 117- e i diritti di approdo, partenza, sosta, e ricovero degli aeromobili, nonché d'imbarco dei passeggeri - Legge 5 maggio 1976, n. 324).

Tale esenzione, precisa la sentenza, non può essere estesa in via analogica ad altre fattispecie in forza del divieto di analogia posto all'art. 14, preleggi, secondo cui le eccezioni alla regola (ovverossia il pagamento delle tasse e dei diritti) si applicano solo ai casi e nei limiti previsti dalla legge.

3.2.2 Il Tribunale di Torino ha ritenuto infondata anche per altro profilo la tesi dell'attrice, in quanto, nessuna delle due fattispecie alternativamente previste nell'art. 748, comma 2, Cod. Nav. ricorre nella specie, ai fini dell'operatività del regime di esenzione. Infatti, esclusa l'ipotesi prevista dal comma 4 dell'art. 744 -che prevede l'equiparazione per attività dirette alla tutela della sicurezza nazionale- dal momento che non è il caso in cui rientra la fattispecie concreta, rimane l'ipotesi dell'equiparazione degli aeromobili privati a quelli di Stato se

12 EASA (acronomimo *European Aviation Safety Agency*) è stata istituita con lo scopo di mantenere un livello elevato ed uniforme di sicurezza dell'aviazione civile nell'Unione Europea dal Regolamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2018.

utilizzati in via esclusiva per effettuare servizi di Stato di carattere non commerciale (art. 746, comma 1, Cod. Nav.).

Il giudice di merito ha escluso che l'Atto di indirizzo ministeriale del 1999 abbia come effetto quello di classificare *sic et simpliciter* qualsiasi aeromobile che sia obiettivamente destinato all'attività di elisoccorso o eliambulanza come "aeromobile equiparato" a quelli di Stato e di esonerarlo per conseguenza dal pagamento di "qualsiasi tassa, diritto o tariffa". Ciò in quanto, da un lato, l'atto si qualifica come "di indirizzo", assumendo quindi valenza di natura programmatica, dall'altro, osserva come non sia neppure evidente a quale autorità, se non lo stesso Ministro dei Trasporti, possa competere il positivo riscontro delle condizioni previste dall'atto di indirizzo, vale a dire che "*l'elicottero è adibito esclusivamente al servizio di elisoccorso ed eliambulanza per conto di Regioni o Province Autonome*".

Perciò, tale ulteriore controllo non può che essere svolto dallo stesso Ministero, sulla base della convenzione tra il gestore dell'aeromobile e l'ente territoriale interessato.

Ne deriva, quale corollario, che l'Atto di indirizzo del 1999 richiede "*una ulteriore valutazione da parte dell'Amministrazione circa la identificazione dei singoli aeromobili utilizzati dall'operatore, da equiparare agli aeromobili di Stato in quanto adibiti, specificamente e in via esclusiva, al servizio pubblico di eliambulanza per emergenza sanitaria e pronto soccorso, svolto per conto di Regioni e/o di Province autonome*".[13] Nella specie, si legge in sentenza, l'attrice non ha prodotto in giudizio "*alcun provvedimento ministeriale di equiparazione*" degli elicotteri a quelli di Stato in relazione al periodo di riferimento del credito azionato. Perciò, anche sotto tale aspetto, la tesi dell'attrice non ha trovato favorevole accoglimento.

3. Considerazioni conclusive

Le motivazioni espresse nella sentenza appaiono condivisibili.

In effetti, i presupposti per l'applicazione del regime di esonero dal pagamento dei canoni di rotta e di terminale richiesti da Eurocontrol sono risultati carenti avendo il Tribunale appurato che: (i) non ricorre alcuna fattispecie di esenzione con riguardo ai voli di elisoccorso HEMS, obiettivamente diversi dai voli SAR; (ii) l'art. 748 Codice Navigazione non può essere interpretato nel senso di consentire tale esenzione per le tariffe di rotta e terminale, poiché la casistica è tassativamente determinata dal Regolamento della Commissione europea.

4.1 Sotto il primo profilo, deve evidenziarsi che secondo la definizione fornita nell'Allegato I del Regolamento (UE) n. 965/2012 che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative per quanto riguarda le operazioni di volo ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, si intende per "*«volo HEMS», un volo effettuato con elicottero con approvazione HEMS, il cui scopo è fornire assistenza medica di emergenza nei casi in cui un trasporto immediato e rapido è essenziale, e che trasporta:*
a) personale medico;
b) forniture mediche (attrezzature, sangue, organi, medicinali); o
c) persone malate o ferite e altre persone direttamente coinvolte" (punto 58).

13 Si cfr. in proposito parere ENAC 12.3.2014.

Tale definizione è stata integrata con il recente Regolamento di Esecuzione (UE) 2023/1020 della Commissione del 24 maggio 2023 che ha modificato il Regolamento (UE) n. 965/2012 per quanto riguarda le operazioni con elicotteri nell'ambito del servizio medico di emergenza. La motivazione della modifica è espressa al punto 3 dei "Considerando" del Regolamento: "*le operazioni di soccorso di emergenza non medico con elicotteri, che comprendono le operazioni di soccorso in montagna ma non la ricerca e il soccorso di velivoli in difficoltà, sono altrettanto impegnative se svolte nelle stesse condizioni delle operazioni con elicotteri nell'ambito del servizio medico di emergenza. Quando rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2018/1139, le operazioni di soccorso di emergenza non medico con elicotteri dovrebbero pertanto essere disciplinate allo stesso modo dei servizi medici di emergenza con elicotteri*".

L'Allegato I ha ampliato la definizione del volo HEMS, includendovi anche quelle operazioni "*in cui una persona si trova ad affrontare un rischio per la salute, imminente o previsto, posto dall'ambiente ed è soddisfatta una delle seguenti condizioni:*
i) tale persona deve essere salvata o rifornita;
ii) persone, animali o attrezzature devono essere trasportati da e verso il sito operativo HEMS"[14].

Con la modifica viene inserito, altresì, il punto 61 *bis* che indica l'"Operazione HEMS HEC" come "*operazioni di volo e a terra finalizzate al trasporto di una o più persone come carico esterno umano (HEC) nell'ambito di un volo HEMS*".

Con la novella introdotta, la Commissione Europea fa sostanzialmente chiarezza sulla disciplina applicabile ai casi di salvataggio diversi dal SAR mediante un aggiornamento ai requisiti tecnici e alle procedure amministrative delle operazioni con elicotteri nell'ambito del servizio medico di emergenza per garantire che riflettano lo stato dell'arte negli sviluppi di tali attività.

In Italia l'attività di salvataggio in montagna (definita anche come HSAR "*Helicopter Search & Rescue*") non era considerata strettamente inerente alle operazioni HEMS; se la prima è, infatti, eseguita in favore di persone minacciate da un imminente e grave pericolo da ambiente ostile (che potrebbe anche evolversi in una situazione che richieda prestazioni mediche) le seconde sono caratterizzate dalla situazione di emergenza sanitaria che le ha originate e dalle prestazioni mediche specialistiche da apprestare. In ragione degli incerti confini, tali attività di salvataggio in montagna avevano creato difficoltà interpretative in merito alla loro classificazione e alla disciplina applicabile[15].

---

14 La disposizione sarà applicabile dal 25 maggio 2024.

15 Cfr. a riguardo il Regolamento ENAC HEMS recante *Norme operative per il servizio medico di emergenza con elicotteri* che in tali situazioni rinviava all'applicazione della Parte II del DD 41/6821/M3E. Con l'introduzione del Regolamento (UE) n. 965/2012, tali atti rimanevano superati, cosicché al fine di adeguare la regolamentazione dell'ordinamento interno a quella euro unitaria, l'ENAC, mediante le note informative del 30 marzo 2018 e 3 giugno 2020, aveva chiarito che l'eventuale attività di recupero con elicottero di infortunati o comunque di persone in pericolo di vita, diversa dal SAR, se svolta in base a un contratto con un committente doveva essere ricondotta, di volta in volta, a seconda delle circostanze concrete, nell'ambito delle operazioni HEMS, *CAT Air Ambulance* o SPO (operazioni specializzate diverse dal trasporto aereo commerciale) per la sola attività di ricerca di dispersi che non preveda il recupero degli stessi sull'elicottero o un eventuale intervento del personale sanitario.

Con la modifica al Regolamento (UE) n. 965/2012 è arrivato il chiarimento[16]. L'attività di *search and rescue* è definita come "*the performance of distress monitoring, communication, coordination and search and rescue functions, initial medical assistance or medical evacuation, through the use of public and private resources, including cooperating aircraft, vessels and other craft and installations*"[17].

Ebbene, atteso che, come detto, le prestazioni HEMS (ivi incluse le tipologie sopra descritte a esse riconducibili) non comprendono le operazioni indicate nell'Annesso 12 della Convenzione ICAO, è da escludersi che possano essere ricondotte nell'ambito delle operazioni "SAR".

Si evidenzia, inoltre, che l'art. 2, paragrafo 3, lett. a) del già citato Regolamento (Ue) 2018/1139 del luglio 2018, recante le norme comuni nel settore dell'aviazione civile, dispone che per gli aeromobili impegnati in operazioni di ricerca e soccorso il Regolamento stesso non trova applicazione e che il servizio SAR non è regolamentato nel contesto EASA[18].

Anche per tali considerazioni, la tesi secondo cui le operazioni HEMS debbano ritersi comprese nell'ambito del servizio SAR non risulta sostenibile.

4.2 Con riferimento all'esegesi dell'art. 748, comma 2, Cod. Nav., si osserva che anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che l'esenzione dal pagamento di tasse, diritti e tariffe degli aeromobili "equiparati" a quelli Stato riguarda esclusivamente i diritti aeroportuali[19] da corrispondersi al gestore aeroportuale.

In un caso la giurisprudenza (cfr. sentenza n. 1753/2013 del Tribunale civile di Roma, confermata in appello con sentenza n. 6841/2018) ha riconosciuto l'esonero dal pagamento delle (sole) tariffe di rotta per voli HEMS, in ragione della diversa disciplina vigente nel periodo considerato (marzo 2000 - maggio 2004). Infatti, in quella circostanza, il fondamento

16 Ulteriori considerazioni specifiche sulla montagna, comprese le operazioni di salvataggio in alta quota e diverse dalla ricerca e salvataggio (SAR) sono contenute nella recente decisione ED 2023/007/R (la "decisione HEMS") EASA adottata in seguito alle modifiche apportate al regolamento (UE) n. 965/2012 dal regolamento di esecuzione (UE) 2023/1020 della Commissione, applicabile, *in parte qua,* dal 25 maggio 2024. La Decisione offre anche un chiarimento riguardo alla differenza tra i servizi HEMS e di *Air Ambulance*.

17 Cfr. capitolo dell'Annesso 12 della Convenzione ICAO, ottava edizione, luglio 2004.

18 Per un approfondimento sulla regolamentazione in Italia del servizio SAR, cfr. AIP (*Aeronautical Information Publication*) GEN 3.6 ENAC - *Ricerca e Soccorso.* Ai sensi del paragrafo1, il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti è l'Autorità Nazionale responsabile dell'esecuzione della Convenzione Internazionale di Chicago sull'Aviazione Civile, nonché della Convenzione Internazionale sulla Ricerca ed il Salvataggio marittimo, adottata Amburgo il 27 aprile 1979 e che, in virtù degli emendamenti 2004, include anche l'attività S.A.R, in favore di aeromobili incidentati in ambito marittimo. Il Corpo delle Capitarie di Porto - Guardia Costiera svolge le funzioni di competenza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in materia di ricerca e soccorso in mare (par. 2.2.); all'Aeronautica Militare è affidato il SAR terrestre. Al paragrafo 2.3 è specificato che il servizio SAR italiano può disporre all'occorrenza della collaborazione delle tre Forze Armate, delle forze di polizia e di associazioni che svolgono attività di soccorso.

19 Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1847 del 28 marzo 2012; TAR Lazio, sez. III, Roma, sent. n. 13231/2021.

normativo era stato rinvenuto nell'art. 4 della Legge n. 575/95 che nella sua formulazione originaria prevedeva che fossero "*esonerati dal pagamento delle tariffe di rotta gli aeromobili di Stato*". Secondo l'*iter* logico argomentativo dei giudici di merito, l'equiparazione degli aeromobili impiegati per il servizio HEMS agli aeromobili di Stato, introdotta in via generale con l'Atto di indirizzo ministeriale del 18 novembre 1999, avrebbe comportato anche per gli aeromobili privati il riconoscimento del diritto all'esonero.

In altre parole, in Italia, ai casi di esenzione previsti dalla normativa internazionale per tipologia di voli se ne aggiungeva un altro in considerazione della categoria di aeromobili utilizzati (quelli appunto "equiparati").

Ciò fino a quando l'art. 4 è stato sostituito dall'art. 3 della legge 18 marzo 2008, n. 71 in forza del quale "*alle tariffe di rotta si applicano le esenzioni obbligatorie stabilite dai competenti organi dell'Unione europea*".

La modifica ha così posto fine alla discrasia tra quanto previsto dall'ordinamento interno con l'art 4 della legge n. 575/1995 nella precedente formulazione e i casi di esenzione previsti dalla normativa internazionale e comunitaria per tipologia di voli.

Non solo. Valga, peraltro, rimarcare come l'Atto di indirizzo in questione, risalendo al 1999, manchi di coordinamento con la formulazione dell'art. 748 vigente all'epoca della sua adozione che non prevedeva neppure l'esenzione dal pagamento di diritti aeroportuali e tasse in favore degli esercenti di aeromobili equiparati a quelli di Stato.

Infatti, l'art. 748 è stato modificato in tali termini solo successivamente dal D. Lgs. n. 96/2005 e dal D. Lgs. n.151/2006. Inoltre, l'Atto di indirizzo del 18 novembre 1999 del Ministro dei Trasporti e della Navigazione sebbene, da un lato, avesse disposto l'equiparazione nei termini di cui si è detto, dall'altro, faceva comunque salva la corresponsione di tasse e di diritti aeroportuali.

Prima della riforma del Codice della Navigazione, come emerge dall'Atto di indirizzo, con riferimento ai servizi HEMS svolti per Regioni o Province autonome, gli esercenti di aeromobili equiparati a quelli di Stato erano tenuti al pagamento dei diritti aeroportuali e delle tasse. Con le sentenze del TAR Lazio, Sez. III *ter*, n. 14104/2010 e del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1847/2012 è stato chiarito che alla luce delle modifiche che hanno interessato il Codice della Navigazione, l'atto ministeriale di equiparazione non può più "*disporre in via eccettuale l'assoggettamento degli aeromobili equiparati al pagamento dei diritti aeroportuali*" e deve intendersi implicitamente abrogato perlomeno *in parte qua* (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1847/2012 *cit*.).

Sulla base del ricostruito quadro normativo di riferimento e della giurisprudenza citata, è da ritenere poi che l'Atto di indirizzo, in effetti, non contenga tale equiparazione *sic et simpliciter* essendo, piuttosto, necessaria l'adozione di un provvedimento caso per caso da parte dell'amministrazione competente in presenza dei presupposti di legge (circostanza, in ogni caso, non riscontrata nella vicenda *sub judice* in relazione al periodo di riferimento relativo al credito contestato).

D'altra parte, va rilevato, ulteriormente, come, anche a volere sostenere la tesi dell'applicazione, in via estensiva, del comma 2 dell'art. 748 ai canoni di rotta e terminale (*quod non*), tale interpretazione si porrebbe certamente in contrasto con la legislazione europea la cui casistica in ordine alle esenzioni è di carattere tassativo. L'antinomia troverebbe (facile)

soluzione in virtù del criterio della gerarchia delle fonti e della preminenza del diritto dell'Unione su quello interno.

FOCUS

QUALCOSA SI MUOVE NEL TORMENTATO MONDO DELLA GIUSTIZIA

Gian Paolo Dolso
Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste

Il mondo della giustizia da tempo, e a più riprese, è al centro dell'attenzione di molti dei Governi che si sono succeduti nel tempo, i quali hanno tentato di porvi mano con strumenti molto vari, agendo su diversi piani e con svariate modalità. Del resto l'esigenza di una "riforma" è divenuta più urgente anche in conseguenza del fatto che il "problema" giustizia è emerso pure in sede europea a seguito dell'adozione del *Next Generation UE*. Non a caso nell'ambito del PNRR si sono indicati, tra gli obiettivi da raggiungere, anche quello di rendere più efficiente il sistema giudiziario e di ridurre i tempi di svolgimento dei processi[1].

Sono stati predisposti, negli ultimi anni, interventi di ampio respiro che toccano vaste aree del diritto processuale ma anche sostanziale: in questo ordine di idee vanno annoverate le recenti riforme "Cartabia", relative al processo civile e al processo penale, che si sovrappongono alle ultime riforme, pure piuttosto recenti, risalenti al 2015 e del 2017, anche se misure di tal fatta dovrebbero conoscere tempi più ampi per dare loro modo di sedimentarsi, anche attraverso gli opportuni aggiustamenti a livello giurisprudenziale. Lo stesso concetto di "riforma", invero abusato nella prassi, evoca un intervento che, da una parte, sia strutturale e, dall'altra parte, aspiri a (e sia congegnato per) durare nel tempo.

Parallelamente alle riforme "di sistema" si è anche fatto ricorso a misure legislative che hanno oggetti molto più circoscritti e sono volte a disciplinare e/o modificare singoli istituti sia di carattere sostanziale che processuale. Un esempio paradigmatico di questo *modus procedendi* è costituito, da ultimo, dal disegno di legge di iniziativa governativa che tocca appunto svariati

1 Il Regolamento (UE) 2021/241, del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 12 febbraio 2021 (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), menziona, tra le richieste rivolte all'Italia, il perseguimento di politiche finalizzate a "migliorare l'efficienza del sistema giudiziario" e a "ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio".

profili[2]. Tra questi si segnalano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio e, sotto l'aspetto processuale, la modifica della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni e di quella relativa al procedimento di irrogazione di alcune tipologie di misure cautelari.

Non mancano progetti di interventi sulla giustizia anche a livello costituzionale, che inevitabilmente rimandano a tempi più lunghi. In questa cornice va segnalato il disegno di legge costituzionale teso a realizzare la separazione delle carriere tra magistratura giudicante e requirente, con conseguente previsione di due organi di autogoverno della magistratura[3]. Il disegno di legge contempla anche significative novità di carattere ordinamentale con riguardo al Consiglio superiore della magistratura, che si prevede scisso in due organi distinti, uno per la magistratura giudicante e uno per quella requirente, e composto paritariamente da membri eletti dal Parlamento e membri eletti dalle magistrature, rispettivamente giudicante e requirente. Viene anche introdotta una significativa modifica dell'art. 112 Cost. consistente in un temperamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, che continua a essere enunciata come principio, ma «nei casi e modi previsti dalla legge».

Va ancora segnalato che al Governo sono state nel 2022 conferite -in un provvedimento che contiene anche rilevanti disposizioni immediatamente applicative- alcune deleghe che attengono a diversi e importanti snodi dell'apparato giudiziario[4].

Nell'ambito di questo quadro composito, non si può non ricordare che una dimostrazione evidente della profonda crisi che attraversa il mondo della giustizia si è avuta con lo scandalo che ha investito il Consiglio superiore della magistratura: il cosiddetto "caso Palamara", ma che è certamente riduttivo identificare con la vicenda del dott. Luca Palamara, per vero ormai radiato dalla magistratura[5]. Si tratta di un capitolo tutt'altro che chiuso, come dimostra la recente esternazione del prof. Nicolò Zanon, già giudice costituzionale[6]. Senza poter esaminare a fondo la complessa questione che fa da sfondo all'intervento del prof. Zanon, essa riguarda

2 Si tratta del disegno di legge, proposto dal Ministro della Giustizia Nordio e dal Ministro della difesa Crosetto, presentato al Senato e rubricato: "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*" (in particolare, disegno di legge n. 808).

3 Il riferimento è al disegno di legge costituzionale n. 504 presentato al Senato: "*Modifica all'articolo 87 e al titolo IV della parte seconda della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*".

4 Si tratta della legge 17 giugno 2022 n. 71, "*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*".

5 Sul punto cfr. la ricostruzione di A. BARBANO, *La Gogna. Hotel Champagne, la notte della giustizia italiana,* Marsilio, Venezia, 2023. Si noti tra l'altro che, sul versante penale, il dott. Luca Palamara ha sino ad ora patteggiato una pena dopo la derubricazione del reato da corruzione a traffico illecite di influenze, reato previsto e punito dall'art. 346-*bis* c.p., tra l'altro oggetto di una proposta di modifica contenuta nel disegno di legge di iniziativa governativa sopra citato.

6 Si tratta di dichiarazioni pubblicate da *Il Dubbio*, 14 dicembre 2023.

una recente pronuncia della Corte costituzionale, avente ad oggetto un conflitto di attribuzioni tra e CSM (*rectius* sezione disciplinare del CSM) e Camera dei Deputati[7]. La Camera sosteneva l'illegittimità delle intercettazioni disposte nei confronti di un parlamentare, il dott. Cosimo Ferri, appartenente alla magistratura, e per questo sottoposto a procedimento disciplinare in relazione a comportamenti tenuti dallo stesso in occasione di incontri con diverse persone tra cui Luca Palamara. La sezione disciplinare del CSM aveva chiesto nell'occasione alla Camera l'**autorizzazione ad utilizzare le intercettazioni di relative a procedimenti instaurati nei confronti di *altri* soggetti, in particolare il dott. Palamara,** relative a comunicazioni alle quali aveva preso parte anche il deputato Ferri. Nel 2022 la Camera aveva negato l'autorizzazione, non essendo le intercettazioni nei confronti di Ferri da considerare "casuali", come in effetti constatato anche dall'ex giudice della Corte Zanon. A seguito di conflitto sollevato dalla Sezione disciplinare la Corte aveva rilevato che "gli elementi addotti dalla Camera non sono idonei a dimostrare univocamente" l'intenzione di intercettare Cosimo Ferri, disponendo che la Camera si pronunciasse nuovamente sulla *quaestio*. Cosa che la Camera ha fatto recentissimamente ribadendo il diniego ad autorizzare le intercettazioni nei confronti del parlamentare in questione.

L'intervento del prof. Zanon è volto fornire una spiegazione alla situazione che si è registrata nel corso del processo deliberativo della sentenza della Corte costituzionale: si allude, in particolare, alla mancata identità tra giudice relatore e giudice redattore della sentenza. Si può al riguardo rilevare come sia piuttosto inusuale che un giudice costituzionale appena cessato dalla carica si esprima su una pronuncia da poco pubblicata e oggetto di discussione sia sotto un profilo politico che giuridico[8]. Nell'intento di fornire una spiegazione sulla diversità tra giudice relatore e giudice redattore, il prof. Zanon deve toccare il "merito" di quella decisione. Il "non detto" della motivazione -spiega Zanon- consiste nel fatto che non si ritesse nemmeno "pensabile" dare ragione alla Camera perché, così facendo, si sarebbero messi a rischio i procedimenti disciplinari in corso di svolgimento dinnanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura[9].

In un comunicato stampa abbastanza inusuale della Corte si ricorda come la mancata coincidenza tra giudice relatore e redattore sia da qualche tempo prevista *per tabulas* nelle norme integrative dei giudizi davanti alla Corte: di fatto tali norme non fanno altro che

7 Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 157 del 2023.

8 Il riferimento è a Cort cost., sent. n. 157 del 2023, su cui si vedano le considerazioni, estese anche alla sentenza della Corte n. 170 del 2023, relativa al "caso Renzi", di L. LONGHI, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni dei parlamentari in due recentissime pronunce della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 235/2023, 58 ss.

9 "E' per tabulas che il relatore di quella sentenza -prosegue il prof. Zanon- era originariamente il professor Franco Modugno, grande vecchio maestro del diritto costituzionale, insospettabile di interessi se non quelli della scienza, il quale di fronte alla scelta dalla maggioranza del collegio si rifiuta di scrivere una sentenza cui sostanzialmente si rovescia quello che la Costituzione dice in tema di intercettazioni" (ancora *Il Dubbio*, 14 dicembre 2023).

recepire una pratica già conosciuta in giurisprudenza. Ma ciò non significa certo che si tratti di un fatto fisiologico o ordinario. Si tratta di un evento legato ad una spaccatura nel Collegio o, quanto meno, al dissenso del giudice relatore rispetto all'orientamento della maggioranza, come del resto emerge da quanto sostenuto dal prof. Zanon. La Corte nel comunicato stampa osserva che "riferimenti alla discussione in camera di consiglio –la cui riservatezza è posta a garanzia della piena libertà di confronto tra i giudici e dell'autonomia e indipendenza della Corte– hanno ingenerato una rappresentazione distorta delle ragioni sottese alla decisione"[10].

In relazione al profilo della segretezza si può rilevare che il caso rivela la sua indubbia particolarità, alla luce dei temi che intercetta: la garanzia di indipendenza del Parlamento, di cui le immunità parlamentari non sono che una delle espressioni, le modalità di esercizio dell'azione disciplinare da parte del CSM, le commistioni, in definitiva, tra la politica ed esercizio delle funzioni costituzionalmente previste da parte del CSM. Come la Corte costituzionale insegna, i principi, anche di rango costituzionale, sono sempre oggetto di bilanciamento. Nel caso in esame, pur prendendo sul serio la regola della segretezza della camera di consiglio -che è tuttavia un mezzo e non un fine- si può anche ritenere che sulla incondizionata osservanza di essa sembra possa ritenersi prevalente l'interesse pubblico a conoscere le dinamiche che hanno portato la Corte costituzionale -nell'ambito di una questione di rilevante interesse pubblico e istituzionale-. ad una decisione che non pare del tutto in linea con i precedenti in materia, come anche in dottrina rimarcato[11]. Ovviamente si tratta di una vicenda ancora da chiarire in molti suoi aspetti: essa da una parte conferma la presenza di dinamiche patologiche interne al Consiglio superiore della magistratura sulle cui cause non si registrano al momento iniziative degne di nota: del resto anche la modifica del sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura non ne ha per nulla intaccato la sua composizione "correntizia". Dall'altra parte la vicenda stessa segnala una possibile recrudescenza del conflitto tra magistratura e potere politico, anche in considerazione della decisione della Camera successiva alla pronuncia della Corte.

Il mondo della giustizia è indubbiamente attraversato da una crisi profonda, di cui la vicenda sommariamente descritta costituisce una vivida rappresentazione. Va pur tuttavia osservato che si registrano anche iniziative che sembrano andare in una direzione diversa. Come si accennava, la legge 71 del 2022 contiene alcune importanti deleghe venute a scadenza nel giugno del 2023, di poi prorogate di sei mesi e il cui esito appariva in effetti incerto[12]. Fermo

10 Corte costituzionale, comunicato stampa dd. 18 dicembre 2023, in www.cortecostituzonale.it

11 Sul punto si vedano le considerazioni di S. CURRERI, *Quel "non detto" dell'ex giudice Zanon*, in *laCostituzione.info*, 21 dicembre 2023, secondo cui, pur ritenendo "certamente criticabile in termini di metodo il fatto che il giudice Zanon abbia violato il segreto della camera di consiglio", allo stesso tempo constata che "a nessuno […] era sfuggito l'inopinato passo indietro fatto dalla Corte costituzionale con la sentenza n.157/2023 sul c.d. caso Ferri circa la tutela della libertà di mandato del parlamentare".

12 Con riguardo alla proroga della delega, cfr. la legge n. 41 del 2023 (Conversione in legge del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR): la legge ha

restando che nel provvedimento si rinvengono plessi di norme immediatamente in vigore, alcune delle quali particolarmente significative nella prospettiva del funzionamento della macchina giudiziaria[13], appare significativo il recente comunicato con cui il Governo ha annunciato l'implementazione della delega *de qua*[14]. Se si scorrono le tematiche oggetto degli emanandi decreti legislativi ci si rende conto della loro rilevanza in relazione al funzionamento della macchina giudiziaria. Stiamo infatti ragionando del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi, non a caso uno degli snodi cruciali del cosiddetto "sistema Palamara", della predisposizione di criteri di accesso alle funzioni di consigliere di cassazione, di norme riguardanti il funzionamento dei consigli giudiziari, tra cui rientra lo spinoso e sempre discusso tema della valutazione di professionalità dei magistrati, per quanto riguarda il primo decreto. Di riordino della disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili, per quanto concerne il secondo decreto: tema anche questo molto caldo e che non a caso si colloca in una zona di confine tra giurisdizione e politica, anche alla luce della usuale destinazione dei magistrati fuori ruolo, spesso collocati in uffici governativi. Occorrerà attendere dunque il testo dei decreti onde verificare *come* sia stata attuata la delega, dato che quest'opera di implementazione conosce ambiti di discrezionalità in certi casi abbastanza ampi. Ma va registrato il fatto che la delega sia stata attuata, il che non era affatto scontato alla luce dello spirare del termine per il suo esercizio a giugno 2023.

---

prorogato il termine per l'esercizio della delega, inizialmente fissato in un anno dall'entrata in vigore della legge 17 giugno 2022, n. 71, al 31 dicembre 2023. Dubbi si erano in effetti affacciati sulla reale possibilità per il Governo di giungere all'attuazione della delega.

13 In particolare la citata legge n. 71 del 2022 introduce disposizioni immediatamente applicabili in relazione a diversi ambiti di rilevante interesse: in particolare va segnalato l'intervento sull'Ufficio del massimario presso la Corte di Cassazione; quello in tema di illeciti disciplinari; la disciplina del passaggio dei magistrati da una funzione all'altra; le disposizioni sulla eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonchè di assunzione di incarichi di governo; infine alcune norme relative alla costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura. Per una panoramica su questi interventi si può rinviare al contributo di F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, Editoriale 8 marzo 2023, in *Federalismi.it*, n. 6/2023

14 Cfr. il comunicato stampa del Governo n. 60 dd. 27 novembre 2023, relativo a "*Disposizioni in materia di riforma ordinamentale della magistratura, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettere a), b) e c), della legge 17 giugno 2022, n. 71*"). In particolare, viene comunicato che il Consiglio dei ministri ha approvato, in esame preliminare, due decreti legislativi di attuazione della legge 17 giugno 2022, n. 71, relativa alla riforma dell'ordinamento giudiziario. Il primo relativo ai seguenti aspetti: a)revisione dell'assetto ordinamentale della magistratura; enunciazione dei criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi, i criteri di accesso alle funzioni di consigliere di cassazione e di sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione; b) alla razionalizzazione del funzionamento del consiglio giudiziario, con riferimento alla necessità di assicurare la semplificazione, la trasparenza e il rigore nelle valutazioni di professionalità; c) modifica dei presupposti per l'accesso in magistratura dei laureati in giurisprudenza; il secondo (lett. d) relativo al delicato tema del riordino della disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili.

In definitiva il mondo della giustizia è ancora lontano dal trovarsi in una situazione di equilibrio che consenta un esercizio della giurisdizione che risponda alle seguenti esigenze: essere pienamente in linea con i principi costituzionali che governano la giurisdizione, rispondente agli obiettivi indicati in sede europea, rispettoso delle prerogative degli altri poteri dello Stato, in grado di soddisfare le istanze di garanzia reclamate dai cittadini. Il raggiungimento di questi obiettivi comporta interventi su vari piani, non ultimo, anche se molto delicato, quello dell'accesso alla magistratura, che forse dovrebbe essere oggetto di ripensamento. Ad ogni modo, l'adozione dei decreti legislativi di cui il Governo ha preannunciato l'emanazione costituisce un segnale positivo. E ciò non solo per i vari profili importanti che tali decreti vanno a toccare a livello ordinamentale, ma anche -e soprattutto- come segnale di metodo. Si è -in definitiva- lavorato e inciso su gangli importanti del funzionamento della macchina giudiziaria che tuttavia non sono i più visibili né si traducono in riforme "epocali".

Gli interventi posti in essere, su cui ci si riserva in ogni caso una riflessione approfondita una volta che i decreti verranno emanati, riveleranno i loro incidenza sistemica non certo nell'immediatezza ma solo con il passare del tempo, quando i loro effetti entreranno "a regime". Si tratta di un *modus procedendi* poco frequentato dalla "politica", che di norma mira a provvedimenti che producano conseguenze immediate, mentre trascura di predisporre misure che tendano a incidere sul funzionamento stesso di una macchina molto complessa come è quella della giustizia e che, proprio per la sua complessità, necessita di interventi di sistema (oltre che di manutenzione del sistema) i cui effetti per definizione saranno percepibili solo a distanza di tempo. In definitiva un segnale del tentativo di lasciarsi alle spalle la "notte della giustizia"[15].

15 Parafrasando il titolo del volume di A. BARBANO, *La Gogna. Hotel Champagne, la notte della giustizia italiana,* cit.

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: **rivista** @ ambientediritto.it.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. È inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite *determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosettori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.*

La cultura fortemente frammentata e accelerata *è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.*

Una comunicazione "certificata del diritto" *è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.*

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

https://www.ambientediritto.it/

La Rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - (Classe A) - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.